

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

WISLEY BATISTA LACERDA DE OLIVEIRA

**A TEORIA DA SERENDIPIDADE NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

PARANAÍBA - MS

2016

Wisley Batista Lacerda de Oliveira

**A TEORIA DA SERENDIPIDADE NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade
Universitária de Paranaíba - MS, como exigência
parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Me. Muriel Amaral Jacob.

PARANAÍBA - MS

2016

O52t Oliveira, Wisley Batista Lacerda de
A teoria da serendipidade no ordenamento processual penal brasileiro/
Wisley Batista Lacerda de Oliveira. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.
55f.; 30 cm.

Orientadora: Profa. Me. Muriel Amaral Jacob.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de
Paranaíba.

1. Serendipidade 2. Provas ilícitas. I. Oliveira, Wisley Batista
Lacerda de. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de
Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345.052

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

Wisley Batista Lacerda de Oliveira

**A TEORIA DA SERENDIPIDADE NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba - MS.

Aprovado em ____/____/____/

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Me. Muriel Amaral Jacob (Orientadora)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Dra. Juliana Nonato
Promotora de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior
Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois sem sua força não teria conseguido concluir este curso. Agradeço a Deus e a Nossa Senhora de Aparecida também pelas coisas que aprendi, pelas dificuldades que encontrei pelo caminho, mas o Senhor sempre esteve ao meu lado, guiando meu coração para a solução dos meus problemas.

À minha mãe Iva Lacerda, que sempre me motivou, e me segurou em seu colo quando não aguentava mais, bem como sempre me apoiou em qualquer decisão da minha vida. Ao meu pai que sempre cuidou de seus filhos, com tanto carinho.

Agradeço à minha vó Tereza e ao meu vô Alcides (*in memoriam*), às minhas tias Marilza, Iracilda, Luzia, às minhas primas Laíza, Letícia, Nara, Patrícia. Aos meus familiares, àqueles que acompanharam o meu desenvolvimento e que estão sempre me fortalecendo para seguir em frente.

Merecem meus agradecimentos, igualmente, meus irmãos Wellinton e Willian, meu sobrinho Cauã Victor, e meu afilhado Arthur.

Claro não poderia esquecer de agradecer à Sandra Maria, minha mãezona do MP, a qual sempre está disposta a ajudar, ensinar e aconselhar, agradeço a Deus por ter colocado em minha vida uma pessoa maravilhosa como você Sandra, que estará sempre presente em minhas orações.

Agradeço ao Robertinho, que com sua vida corrida, consegue dispor de seu tempo transmitir seu conhecimento com os demais, obrigado de coração por todos os ensinamentos, correções e orientações.

À Doutora Juliana Nonato que me deu a oportunidade de ser estagiário em sua Promotoria, ensinando, corrigindo, estimulando seus estagiários a crescerem, agradeço também pela confiança depositada em mim.

Agradeço à Suze Inacio e à Taís Fidelis por todo esse companheirismo no decorrer desse curso, pelas risadas, pelos momentos de dificuldade que enfrentamos juntos, Deus coloca pessoas certas em nossas vidas para nos conduzir ao êxito.

Agradecimentos pontuais vão também direcionados à Priscilla Santos, Naira Jaine, Cristhiano Leal, Lívia Menezes, Joanne Sthefane, Heitor Ponce, Juliana Moura, Regiane Garcia, Barbara Pimenta, Diego Vinicius, Juliana Alves, Samanta, Janicléia, Francisco, Dariele Silvério e Rodrigo Lacerda.

Agradeço também a todos os professores desde do ensino fundamental ao ensino superior, que me acompanharam e principalmente me ensinaram. De igual forma, agradeço às turmas matutino e noturno, que tive a oportunidade de conviver, e fazer amizades que não ficarão apenas na faculdade.

Devo também muito à minha orientadora, Prof^a. Me. Muriel Amaral Jacob, pela orientação, paciência e estímulo, e ao Ministério Público, que me proporcionou aprendizado, bem como convívio social bastante proveitoso durante do curso.

Sou grato a todos aqueles que acreditaram no meu potencial, pessoas queridas, familiares e amigos, cujas palavras de conforto e amor foram sem sombra de dúvidas um alimento determinante nessa escalada de minha vida.

Ninguém ignora tudo. Ninguém sabe tudo. Todos nós sabemos alguma coisa. Todos nós ignoramos alguma coisa. Por isso aprendemos sempre.

Paulo Freire

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de abordar a teoria da serendipidade ou encontro fortuito de provas, no âmbito do processo penal brasileiro. A serendipidade ocorre quando em uma investigação descobre outro delito, que pode ou não ter conexão ou continência com o investigado. Deste modo, é de suma importância verificar quando será admissível o uso da prova encontrada fortuitamente no processo penal. Convém ressaltar que, na doutrina e na jurisprudência, há grande controvérsia a respeito da possibilidade de utilização desta prova, isto porque a legislação penal nada menciona sobre essa teoria. Para que seja admitido o uso da prova encontrada fortuitamente no processo penal, o meio utilizado para obtenção da prova tem de ter obedecido toda a legalidade, caso tenha havido algum desvio de finalidade a prova se torna ilícita não podendo ser utilizada. A teoria da serendipidade possui dois graus, sendo assim, a serendipidade de primeiro grau é aquela em que a prova encontrada fortuitamente tem conexão ou continência com o objeto da investigação; já a serendipidade de segundo grau ocorre quando a prova encontrada fortuitamente não guarda conexão ou continência com a investigação, servindo apenas como *notícia-crime*.

Palavras-chave: Serendipidade; encontro fortuito de prova; provas; provas ilícitas serendipidade de primeiro grau; serendipidade de segundo grau.

ABSTRACT

This work targets to approach the theory of serendipity or the fortuitous finding of proofs in the scope of the Brazilian criminal proceedings. The serendipity happens when, in an investigation, another crime is discovered, that may or may not have a connection or contiguity with the investigated. So, verifying when will be acceptable the use of the evidence found has a paramount importance. It is worth mentioning that the doctrine and the jurisprudence are both very controversial about using this kind of evidence, moreover nothing about this theory is mentioned in the criminal proceeding. In order of admitting the use of the evidence found fortuitously in the penal proceeding, the means used for the obtainment of the proof had to obey all the legality, if there was any deviation of finality the proof becomes unlawful and it cannot be used. The theory of serendipity has two grades, the serendipity of first grade is the one that the proof fortuitously found has a connection or contiguity with the object of investigation; the serendipity of second grade happens when the proof fortuitously does not have a connection or a contiguity with the investigation, serving only as *notitia criminis*.

Keywords: Serendipity; fortuitous finding of evidence; evidence; unlawful evidences; serendipity of first grade; serendipity of second grade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL.....	14
1.1 Considerações Iniciais	14
1.2 A Lei de Talião.....	15
1.3 O Direito Romano	16
1.4 O Direito Germânico	17
1.5 O Direito Canônico.....	19
1.6 Idade Contemporânea	21
1.7 O Processo Penal no Brasil	22
2 AS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	25
2.1 Conceito e finalidade da Prova no Processo Penal Brasileiro	25
2.2 Ônus da Prova	27
2.3 Princípios da Prova no Direito Processual Penal	31
2.3.1 Princípio da verdade real.....	31
2.3.2 Princípio da liberdade da prova.....	32
2.3.3 Princípio da comunhão das provas	33
2.3.4 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	35
2.3.4.1 Prova ilícita por derivação.....	36
2.3.4.2 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.....	36
2.3.4.3 Teoria da Fonte Independente	38
2.3.4.4 Teoria da Descoberta Inevitável.....	39
3 TEORIA DA SERENDIPIDADE OU ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS	42
3.1 História e Conceito da Serendipidade.....	42
3.2 Natureza Jurídica da Serendipidade no Processo Penal Brasileiro	43
3.3 Sobre a prova encontrada fortuitamente	44
3.3.1 Considerações Iniciais	44
3.3.2 Da admissibilidade do uso da prova encontrada no Processo Penal Brasileiro	45

3.3.2.1 Serendipidade de Primeiro Grau (<i>Encontro Fortuito de Primeiro Grau</i>).....	45
3.3.2.2 Serendipidade de Segundo Grau (<i>Encontro Fortuito de Segundo Grau</i>)	48
3.4 Da Inadmissibilidade do Uso da Prova Fortuitamente Encontrada.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Desde que o homem procurou viver em sociedade, começaram as tentativas de normatizar a convivência. Essas regras que surgiram e continuaram a surgir no decorrer do tempo eram conforme as relações cultivadas de cada região. O estudo da evolução histórica do direito penal é de suma relevância para que se possa compreender a aplicabilidade dos princípios que atualmente norteiam nosso ordenamento jurídico. Convém mencionar que desde o surgimento da humanidade houve regras de direito penal, as quais sofreram muitas modificações no decorrer dos anos.

Sabe-se que o direito tem como símbolo a Deusa Têmis, que se encontra vendada e segurando uma balança em uma mão e uma espada na outra. Os olhos vendados significam a imparcialidade, transmitindo, dessa maneira, a ideia de que diante da lei todos são iguais. Já a balança simboliza o equilíbrio das forças desencadeadas no processo. De outra banda, a espada representa a capacidade de exercer o poder de decisão da justiça e o rigor da condenação, mantendo a paz e a justiça.

Assim, chega-se à indagação: o que vale mais? Os direitos e garantias individuais do acusado, ou aqueles da sociedade? Deste modo, deverá deixar de punir o delituoso só porque a prova apresentada pela acusação foi obtida de forma suspeita?

Insta salientar que no processo penal existem duas partes, ou seja, acusação e defesa, e o juiz ou o tribunal, cabendo a estes dois últimos o poder de decidir, sentenciando de maneira a absolver ou a condenar o acusado, conquanto, essa sentença deve ser tomada a partir da análise cuidadosa das provas juntadas aos autos.

Destarte, a produção de prova tem papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual tem a finalidade de demonstrar ao juiz a verdade dos fatos, isto é, comprovar aquilo que realmente aconteceu no caso concreto. Entretanto, é importante ressaltar que nem sempre é possível chegar a essa verdade real, assim, tem o magistrado que sentenciar baseado na verdade processual, ou seja, alicerçado naquilo que foi possível concluir por meio das provas produzidas e acostadas ao processo.

Convém mencionar que existem provas que não são admitidas no processo penal, em razão de alguma ilicitude no meio utilizado para sua obtenção. Assim, ao longo deste presente trabalho far-se-á necessário discorrer sobre o conceito, a finalidade, a quem compete provar o fato alegado, bem como, fazer uma explanação dos princípios relativos à prova no processo penal.

Pretende-se com o presente trabalho abordar o tema da Teoria da Serendipidade, tendo como objetivo analisar o encontro fortuito de provas no âmbito do direito processual penal, bem como a possibilidade de utilização desta prova encontrada no mesmo processo ou em processo diverso. Insta mencionar que a prova encontrada fortuitamente, só será válida por meio de uma ordem judicial que autorizou a investigação. Entretanto, essa prova encontrada fortuitamente pode ser ilícita, quando os meios para sua obtenção foram extrapolados.

Por sua vez, o presente trabalho irá tratar da aplicação e aceitação da teoria da serendipidade no processo penal, assim como sua validade no processo penal.

No terceiro capítulo, a teoria da serendipidade é o objeto do estudo para se verificar em que situações ela é permitida e quais os meios a serem utilizados.

Importante salientar que acerca da teoria da serendipidade esta não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, acarretando, deste modo, em controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

1.1 Considerações Iniciais

Este capítulo fará uma análise histórica do direito e processo penal desde suas primeiras formas e manifestações, sendo essencial para se compreender as atuais normas do direito e processo penal.

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

Somente a partir da Revolução Francesa, que foi um grande marco na história, é que se reconheceu os direitos da pessoa humana e que foram reconhecidos apenas no Pós Segunda Guerra Mundial. Deste modo, a maneira encontrada pelo Estado para punir era feita de forma arbitrária e violenta em muitos lugares.

Intentava-se, por um lado, fazer justiça ou dar aparência que estaria sendo realizada àqueles que sofriam o injusto, mas, por outro, havia violação não somente a direitos como liberdade e defesa, mas também do direito à vida. Além disso, as noções de proporcionalidade distanciavam-se das medidas escolhidas para punir o desobediente.

Assim, evidenciava-se a falta de meios para punição do Estado, tendo em vista que em alguns momentos este não tomava para si o *jus puniendi*, sendo que a punição se apresentava como uma vingança e era realizada pelo particular. Contudo, em outros momentos, o Estado assumia o poder de punição, agindo de forma arbitrária em desfavor do mais fraco.

Além disso, não se pode esquecer que em muitas sociedades os homens atribuíam à divindade o poder de julgamento, fator que agravava ainda mais a circunstância para o acusado. Se, nos termos dos entendimentos religiosos, entendia-se que o acusado era culpado, este então haveria de ser condenado.

Em vista disso, não há dúvidas que a característica notável do julgamento penal, por muito tempo, foi a violência utilizada nos meios de punir. Além do mais, a falta de análise crítica impedia que houvesse um sistema regulado para tratar do assunto. Vigorava a lei do mais forte sobre o mais fraco, ou a vontade do Estado sobre aquele que cometia delito. (CASTRO, 2007)

Convém lembrar também que, sem o estudo aprofundado de uma ciência que regularizasse as questões, não havia uma sistemática de processo penal, apenas a esfera penal.

Deste modo, não somente a integridade física dos indivíduos que praticavam os crimes

era colocada em risco, mas também o seu direito de defesa, de demonstração de possível inocência. Sendo assim, o devido processo legal era uma noção que se distanciava dos fatos ocorridos nas fases do processo penal de muitas sociedades.

Neste sentido, o autor da obra “Dos delitos e das penas” (1764) Cesare Beccaria, o qual era um estudioso e crítico do tema, demonstrava sua irrisignação com a falta de sistematização do assunto, observando o descontrole estatal quanto à criminalidade. Em sua obra ele relata a respeito das atrocidades e dos métodos de punição utilizados em face dos mais fracos, os quais eram punidos sem que houvesse qualquer questionamento ou direito de defesa. Este autor indagava principalmente sobre aquilo que considerava ser atípico já àquele momento em que vivia, indicando as falhas de uma época que desconhecia os direitos fundamentais ou quaisquer outros preceitos garantistas da dignidade humana.

Assim sendo, tem-se que não perduraria por muito tempo essa forma de exercer o *jus puniendi* e satisfazer o desejo geral da população de efetivar a justiça em face dos criminosos. Com as excessivas mudanças históricas, o direito de punir sofreu os reflexos, sendo que surgiram as regras de processo penal.

Diante do exposto, é indispensável que se discuta sobre os temas da tortura, tipos de cárceres, assim como os sistemas de punição utilizados nas diferentes épocas da sociedade. Além do mais, com o intuito de estabelecer comparações com o sistema processual aplicado, convém apresentar a evolução do processo penal no Brasil.

1.2 A Lei de Talião

Convém falar-se da Lei de Talião, conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Deste modo, esta lei considerava feita a justiça quando o indivíduo agiu do mesmo modo em relação ao seu agressor, causando mal semelhante. Tudo isso ocorreria de forma primitiva, sem nenhuma intervenção do Estado. Essa Lei é conhecida também como a lei da vingança, tendo em vista que se assemelha muito mais a um meio vingativo do que a uma forma de punir.

Neste diapasão, Melina Duarte (2009, p. 75) esclarece:

Se a célebre Lei de Talião nos aparece atualmente como uma fórmula cruel e bárbara que descreve melhor a vingança do que a necessidade de se punir com justiça, é preciso, no entanto, que atentemos ao fato de que essa máxima é também baseada numa relação de equilíbrio entre o crime e a punição.

Convém ressaltar que podem ser encontrados dados e indícios dessa lei principalmente no Código de Hamurabi, cerca de 1.700 a.C. Também há disposições na Bíblia Sagrada, no livro de Êxodo 21, 23-25, indicando que a população judaica também esteve regida por estas normas: “Mas se resultar algum dano, pagarás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe”.

Desta maneira, pode-se compreender que a partir disso surgiu uma primeira ideia de proporcionalidade. Para vislumbrar o assunto, demonstra Melina Duarte (2009, p. 75):

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

Assim, pode-se deduzir que a questão da proporcionalidade se apresentava deficiente, vez que não havia um sistema para estruturar a aplicação das supostas penas, pois estavam interligadas a castigos. Isto porque não havia distinção entre pena e retribuição do mal injusto.

1.3 O Direito Romano

Sabe-se que o Direito Romano ocupa espaço importante no que se refere à construção do pensamento jurídico ocidental. Inicialmente, o direito e a religião eram fortemente interligados, assim o *Pater Familias* tinha o poder de exercitar o direito de vida e de morte sobre todos seus dependentes, até mesmo em relação às mulheres e aos escravos.

Com a criação da República Romana, ocorreu a ruptura e o desmembramento da religião e do direito. A partir deste momento, extinguiu-se o período de vinganças, passando os crimes a serem divididos em crimes públicos e crimes privados. Os crimes públicos eram aqueles que traziam algum mal à sociedade, sendo estes punidos pelo Estado; enquanto os crimes privados eram aqueles cometidos contra os particulares, cuja punição ficava a cargo deles mesmos, neste, o Estado apenas regulamentava as punições se fosse necessário.

Convém ressaltar que o direito romano se destaca principalmente no campo do Direito Privado, para tanto, algumas considerações sobre julgamentos e penas merecem ser abordados.

Consoante o doutrinador Luiz Régis Prado (2002, p. 48): “[...] o positivismo romano dissociará o faz do *jus*, elidindo a confusão entre o religioso e o laico, o que vai possibilitar a

afirmação do caráter público da pena”. Destarte, pode-se verificar então que o direito romano já se apresentou neste momento uma análise da aplicação da pena por parte do Estado.

Conforme já mencionado, havia a punição a ser aplicada pelo Estado (crimes públicos) e a punição a ser aplicada pelo particular (crimes privados). Insta salientar que os praticantes da primeira sofriam penalidade aplicada pelo Estado. A segunda punição refere-se aos crimes ofensivos ao particular, permitindo-se a vingança, conforme já fora tratado.

O autor Luiz Régis Prado ensina (2002, p.49) que havia até mesmo procedimentos formulados “casuisticamente com o objetivo de julgar os autores de ações consideradas lesivas ao Estado, sem que houvesse nenhuma previsão legal”.

Para o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 33), as principais características do Direito Penal Romano são:

a) a afirmação do caráter público e social do Direito Penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O dolo – *animus* -, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente, o sentido de astúcia – *dolus malus* -, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho *dolus malus* -, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários; e) o reconhecimento, de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade); f) a pena constituiu uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; g) a distinção entre crimina publica, delicta privada e previsão dos delicta extraordinária; h) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autoria e a participação.

Portanto, tem-se que o direito romano desde sempre influenciou o direito, inclusive sendo alguns de seus ideais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, alguns vigente até hoje.

1.4 O Direito Germânico

O Direito Germânico tratava-se principalmente de povos bárbaros, sendo baseado nos costumes; não era um direito escrito. Conforme nos diz Luiz Régis Prado (2002, p. 51), o direito destes povos era consuetudinário. Preleciona ainda o doutrinador que o crime era, na verdade, uma forma de ruptura de paz, sendo que o Direito era visto como uma ordem de paz. No entanto, caso o crime cometido em relação a toda a comunidade, então, o indivíduo era banido da convivência social, “[...] ficando equiparado aos animais dos campos e à mercê de todos, que tinha, inclusive, o direito de matá-lo”.

Insta mencionar que em alguns casos, a vingança de sangue era mais que um direito, constituindo-se um verdadeiro dever da vítima ou de seu familiar. Neste diapasão, ensina Luiz Régis Prado (2002, p. 51):

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

Assim, verifica-se que a composição judicial era dividida em três espécies principais, conforme nos ensina Luiz Régis Prado (2011, p.82):

Wergeld – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária;
 Busse – soma que o delinquente pagava a vítima ou sua família, pela compra do direito de vingança; e
 Friedgeld ou Fredus – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz.
 Outra característica importante do direito germânico de acordo com Mirabete foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato. Surgiu assim a primeira ideia de responsabilidade objetiva.

Desta maneira, já se tinha a ideia de reparação do dano e até mesmo uma forma de substituição da pena aplicada pela prestação pecuniária utilizada, como pode-se ver em nosso ordenamento jurídico atualmente.

No artigo “O Direito Penal Germânico Antigo (O "Sistema Penal" Contra O Estranho)”, Paula Fracchetti Souto Maior (s/d) traz importantes lições sobre o procedimento criminal germânico, bem como ensina alguns importantes institutos.

No que tange ao procedimento, este era acusatório, oral e não sigiloso. Deste modo, o direito de acusar era um juízo arbitrário. Para tanto, era convocada uma assembleia em que eram apresentadas as queixas contra o suposto delituoso. Importante mencionar que uma espécie de recurso era possível: aquele que acreditasse ser a decisão proferida de maneira parcial maliciosa, então poderia “querelar contra o juiz que a proferiu, aventando-se aqui um antecedente dos recursos”. No mais, salienta também que o direito de denunciar quem quer que tenha cometido delito dependia da classe social do ofendido.

Quanto ao flagrante delito, explica Paula Fracchetti Souto Maior (s/d), que tinha como função suprimir o procedimento, permitindo que houvesse em relação ao agressor violência proporcional àquela verificada na situação de flagrante.

No mais, a autora preleciona que as testemunhas, no direito germânico, “são auxiliares das partes, seus depoimentos atestam a credibilidade da reputação das partes, não visam o fato punível”. (SOUTO MAIOR, s/d, p. 12)

Insta mencionar que havia ampla influência da crença nas divindades. A respeito disso, a autora ensina que eram retiradas das ordálias, que eram um meio de prova mais eficaz a extrair supostamente a verdade dos fatos.

Ainda neste sentido, Paula Fracineti Souto Maior (s/d) mostra que a pena não tinha como principal finalidade a retribuição do mal causado, mas sim, tinha o intuito de satisfazer a divindade e até mesmo a vítima morta, vez que esperavam a aplicação de alguma penalidade ao injusto agressor, como condição de retomada da paz.

Dentre as modalidades de pena, ensina Paula Fracineti Souto Maior (s/d) que a privação da liberdade, baseava-se na escravidão e no exílio, podendo ambos serem perpétua ou temporária. Havia também a pena pecuniária, a qual cita a referida que se tornou atividade lucrativa. Por fim, a pena de morte era realizada principalmente pela vingança privada, através de vários meios cruéis, como o enforcamento, o afogamento e a decapitação; eram formas básicas de execução.

1.5 O Direito Canônico

O Direito Canônico, também conhecido como aquele oriundo das determinações da Igreja Católica. Muitos têm a noção que este direito é direito sagrado, direito divino, direito religioso, direito pontifício, direito comum, *ius decretalium*, direito eclesiástico.

A igreja estabelecia um conjunto de regras extraídos da Bíblia, ou seja, provém do Antigo e Novo Testamento. Consoante Flávia Lages de Castro (2007), a Igreja era bastante importante. Além do mais, o Direito Canônico era escrito, fato relevante em um meio social de grande maioria analfabeta, e onde imperava a oralidade. Deste modo, com uma população sem esclarecimentos, temerosa de um ser superior, a Igreja apresentava-se dominante, influenciando o meio social conforme os seus interesses.

Pode-se verificar no direito canônico que este recorria ao uso dos ordálios, que era um tipo de prova judiciária usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado é interpretado como um juízo divino; poderiam ser unilaterais e bilaterais. Inclusive, conforme ensina Flávia Lages de Castro (2007), dentre os meios de prova utilizados, havia aqueles que submetiam o acusado a

situações de intensa agressão física, sob alegação de que, se inocente fora, não sofreria mal nenhum.

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

Talita Ferreira do Nascimento Weber (2010) esclarece que podiam acontecer três tipos de processo, sendo por acusação, por denúncia e por inquérito. Demonstra ainda que a investigação do processo se resumia a perguntar às pessoas informadas ou envolvidas no caso; aceitavam-se denúncias de qualquer categoria de pessoas e mesmo cartas anônimas.

A respeito do processo penal da acusação, Talita Ferreira do Nascimento Weber (2010, n.p) esclarece:

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

Outra questão de suma importância era a insegurança existente. Neste sentido, a mesma autora esclarece que:

As pessoas viviam amedrontadas e sabiam que podiam ser denunciadas a qualquer momento sem que houvesse necessariamente razão para isso. Com base em meros boatos, aprisionavam as pessoas, interrogavam-nas, e muitas vezes, torturavam-nas até confessarem. (WEBER, Talita Ferreira do Nascimento, 2010, n.p)

Convém mencionar que o processo por inquérito substituiu o processo acusatório, que era um sistema de julgamento irracional, desta maneira alterando o sistema penal, atribuindo racionalidade ao sistema. Neste sentido, Talita Ferreira do Nascimento Weber (2010, n.p):

No processo por inquérito oficializou-se todas as etapas do processo judicial a partir da apresentação da denúncia. O juiz já não era mais um árbitro imparcial, ele e os demais oficiais do tribunal assumiam a investigação dos crimes e determinavam a culpabilidade ou não do réu, tudo registrado por escrito.

Pode-se concluir que o direito canônico, não se tratava nem sequer de punições atribuídas a injustos penais que afetassem a organização e harmonia da sociedade. Sendo, este

direito verdadeiramente, baseado no interesse clerical de dominação e também financeiro. A propósito, muitas riquezas foram geradas nesta época.

Este aspecto de crueldade não perdurou por toda a fase. O doutrinador Luiz Régis Prado (2002) esclarece que, em dado momento, o direito canônico passou a contribuir para a humanização das penas, além de cessar a chamada vingança privada. Isto é, o poder de punir passou totalmente para o Estado. Dentre outras contribuições, estabeleceu-se a ideia de igualdade diante de Deus, criou-se as primeiras noções de dolo e culpa, além da criação de estabelecimentos de cárcere.

1.6 Idade Contemporânea

Com a Revolução Francesa tendo como uma das suas principais ideias a liberdade, o processo criminal não poderia subsistir, ou seja, os procedimentos criminais a partir de então deveriam sofrer grandes mudanças.

Convém mencionar que durante a Revolução Francesa o momento era de reivindicações, sendo assim foi escrita a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo, portanto, considerada um marco definitivo para o fim de penas cruéis.

Deste modo, os preceitos estabelecidos são primordialmente importantes para o ideal de liberdade e dignidade a ser concedidos a todos os cidadãos. Isto é, a dignidade deveria ser expandida a todos, atingindo assim os condenados inclusive. Assim sendo, já não seria admitido falar mais em meios cruéis de punições.

Neste diapasão, explica Luiz Régis Prado (2002) que o momento foi propício para mudanças no estudo das leis criminais. Como exemplo, esse autor cita Cesare Beccaria, o qual indica que a partir deste marco, passaram a surgir ideias que são atualmente adotadas, tais como legalidade, caráter público da pena, aplicabilidade desta de maneira igual a todos os homens.

Ademais, Cesare Beccaria (2009) trouxe uma nova concepção sobre a finalidade da punição de um delito e do estabelecimento de uma proporcionalidade entre a gravidade da repressão com relação à gravidade do delito praticado. Além disso, desenvolveu a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas. Em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, Beccaria (2009, p.49 e 50) alegou que:

[...] a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado.
[...]

Quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro.

[...]

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas, proporcional aos crimes, ditada pelas leis.

Insta salientar que, consoante Ana Flavia Jolo (s/d), em seu artigo “Evolução Histórica do Direito Penal”, além de Beccaria, outros pensadores também merecem ser mencionados como John Howard, o qual inspirou uma corrente penitenciária preocupada em construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Jeremias Bentham, que foi um dos primeiros pensadores “a expor com meditada ordem sistemática as suas ideias, e Paulo Anselmo Von Feuerbach que publicou a primeira obra sistemática e moderna de Direito Penal”. Importante enfatizar que a Igreja Católica novamente neste período contribuiu para a humanização das penas. Assim, o encarceramento passou a ser a principal pena aplicada.

1.7 O Processo Penal no Brasil

De acordo com José Frederico Marques (1998), pouco antes da descoberta do Brasil, em Portugal, restaram finalmente compiladas as leis do reino, em nome de Afonso V, instituindo-se então, no ano de 1446, as Ordenações Afonsinas, por meio da qual, em seu Livro V vinha regulado o direito e processo penal, com influência notável do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial. Convém mencionar que as Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas e posteriormente pelas Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas, do período colonial do Brasil, eram caracterizadas pelas severas punições aos criminosos. As penas aplicadas consistiam na pena-crime arbitrária, pena de multa, degredo, penas vis, como açoites, mutilações e galés, podendo culminar, principalmente, na mais grave delas que era a pena de morte.

Além do mais, conforme Jose Henrique Pierangeli (2004), o Livro V das Ordenações Filipinas recebeu severas críticas de penalistas brasileiros como José Frederico Marques e Aníbal Bruno.

O doutrinador José Frederico Marques (1998) asseverou que essas ordenações pretendiam a contenção dos homens por meio do terror, sendo marcado pela arbitrariedade e pela desproporcionalidade entre a gravidade do crime e a punição aplicada. Ressaltou, ainda,

a falta de sistematização do Livro V, já que sem uma Parte Geral e, estando na Parte Especial os delitos dispostos casuisticamente, sem técnica, inclusive de redação dos conceitos.

Na mesma linha de raciocínio, Aníbal Bruno destaca que o Livro V das Ordenações Filipinas refletia a mentalidade e costumes da época, sendo marcado pela “dureza das penas”, pela frequência na aplicação da pena de morte com as mais variadas formas de execução.

Neste diapasão, Heleno Claudio Fragoso (1995, p. 58) preleciona que “o sentido dessa legislação é o da intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião”.

Insta salientar que no período colonial reinava o sistema de prova legal, devendo o juiz decidir de acordo com o alegado e provado no processo. Conquanto, as torturas eram admitidas como meios de prova, tendo assim arbitrariedades com aplicação de verdadeiros expedientes de torturas, com a prática de atos desumanos e bárbaros contra os mais fracos e desprotegidos, ressaltando-se que referida espécie de prova não era permitida contra os fidalgos, cavaleiros, doutores, senão em casos limitados e específicos (Título 134, parágrafo 3º, Livro V das Ordenações Filipinas).

Outro ponto de suma importância é que em 25 de março de 1824 restou promulgada a Constituição Política do Império, este período foi marcado por uma mudança radical na realidade brasileira, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo criminal mais condizente com os princípios mais liberais do século XIX, editando-se em 29 de novembro de 1832 o Código de Processo Criminal, que no dizer de José Frederico Marques (1998, p. 100): “constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação.

Por conseguinte, foi promulgada a Constituição de 1891, neste ato já havia sido proclamada a República, deste modo esta Constituição atribui a competência de legislar sobre o processo aos Estados e à União, ou seja, os Estados passaram a ter suas próprias Constituições, entretanto, foram poucos os Estados que assim o fizeram, continuando a serem respeitadas as Leis Federais, principalmente o Código de Processo Criminal do Império, com algumas alterações que lhe deram a Lei n.º 261 de 03 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Decreto 120 de 31 de dezembro de 1842, posteriormente alterada pela Lei n.º 2.033 de 20 de setembro de 1871, regulamentado em seguida pelo Decreto n.º 4.824 de 22 de novembro do mesmo ano, com as alterações introduzidas pelo artigo 407 do Código Penal de 1890.

A Constituição de 1934 trouxe de volta a competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria processual, o que se fez ratificado pela Constituição de 1937, providenciando-

se em seguida a promulgação do atual Código de Processo Penal, assim como da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal

Convém salientar que as Constituições Federais que advieram após o Código de Processo Penal de 1941, mantiveram os direitos e garantias individuais então assegurados às partes dos processos penais, restando ampliadas tais garantias pela Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã.

No mais, encontra-se atualmente garantidos sob a égide constitucional os direitos do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da publicidade, da presunção de inocência, além de outros como, inviolabilidade de domicílio, necessidade de ordem escrita da autoridade judiciária ou flagrante delito como condições para a prisão, restaurando-se a soberania do Júri, estendendo-se a oralidade, instaurando-se, enfim, um sistema processual de tendências constitucionais predominantemente acusatório.

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

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

Deste modo, pode-se concluir que o direito processual penal brasileiro tem bases em princípios constitucionais, tornando o processo penal brasileiro protetor dos direitos e garantias fundamentais e da dignidade humana.

2 AS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 Conceito e finalidade da Prova no Processo Penal Brasileiro

A palavra *prova* oriunda do latim – *probatio* -, a qual significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Em um sentido amplo, *provar* significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2015), o seu significado no plano jurídico cuida-se da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Deste modo, a *prova* está interligada com a verdade e a certeza, as quais ligam à realidade.

Assim, a prova ocupa papel fundamental no direito processual penal garantindo a efetivação da verdade, chamada vulgarmente pelo Código de Processo Penal de verdade real, tendo o poder de guiar o convencimento do juiz, portanto, as provas devem obedecer a legalidade da legislação brasileira.

Consoante Paulo Rangel (2015, p.425):

No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

Destarte, o objetivo da prova no processo é fazer com que o magistrado tenha a certeza de que a prova corresponde aos fatos alegados. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2015, p.18-19), em sua obra *Provas no Processo Penal* afirma:

No plano jurídico, a geração da certeza no espírito do julgador, por meio da apresentação das provas, significa a persuasão racional, logo, a convicção. O juiz se convence da verdade (adquire o estado de certeza) em virtude da demonstração lógico-racional dos vários elementos expostos ao longo da instrução, denominados provas.

Importante salientar que a prova é um instrumento dentro do processo que está relacionada com a demonstração da verdade daquilo que se alega. As provas estabelecem, então, dentro do caderno processual, a existência ou não de determinados fatos, tudo com o intuito de aproximar o julgador o mais próximo da verdade dos fatos e formar seu convencimento.

Destarte, no curso da instrução de um processo as partes procuram demonstrar ao juiz a veracidade ou a falsidade da imputação feita ao réu, levando ao julgador a convicção de que necessita para o seu veredicto final.

É de suma relevância distinguir a verdade real da verdade processual. A verdade real é aquela em que o Estado assumia para si o direito de obter a prova de qualquer forma, não se respeitando a legalidade. A busca pela verdade real justificava as arbitrariedades cometidas pelas autoridades responsáveis pela persecução penal (LIMA, 2015). Já a verdade processual decorre da legalidade, são as provas que estão inseridas nos autos, e não tem nenhum vício de ilicitude na sua constituição; são as provas que decorrem da imparcialidade do juiz.

A finalidade da prova no ordenamento processual penal brasileiro é levar o juiz à certeza daquilo que a parte está tentando provar, seja ela de acusação ou de defesa. Portanto, se o convencimento do julgador corresponde à realidade dos fatos, Guilherme de Souza Nucci (2015) a chama de verdade objetiva, entretanto, aquela que não corresponder à realidade é chamada de verdade subjetiva.

Neste diapasão, Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 523):

[...] objetivo ou a finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

Flávio Mirza (2011, p. 205-206) ensina que:

A palavra prova é, na linguagem jurídica, equívoca, ora sendo usada para designar a atividade probatória, ora o resultado que se extrai dessa atividade é, por fim, para designar os meios de prova. Inobstante tal equivocidade, é possível afirmar com segurança que a prova é o cerne do processo, uma vez que em razão de sua apreciação, o pedido será julgado procedente ou improcedente.

Diante disso, parte da doutrina entende que o termo prova no direito processual, e de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2015), há três acepções sendo: a) prova como atividade probatória que consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento; b) prova como resultado caracterizando pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência de determinada situação; c) prova como meio, as quais são os instrumentos idôneos a formação da convicção do magistrado acerca da existência de determinada situação fática.

Ressalte-se que os meios de provas são todos aqueles que o magistrado utiliza, direta ou indiretamente, para conhecer a verdade dos fatos, desde que estejam previstos em lei ou não. Desse modo, é o caminho utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.

Portanto, os meios de prova podem ser os especificados em lei ou todos aqueles que forem moralmente legítimos, entretanto estes não previstos no ordenamento jurídico, são chamados de provas inominadas.

2.2 Ônus da Prova

Tendo fixado qual é o objetivo/finalidade da atividade probatória, outra questão que se tem é acerca de quem deve provar o que. Diante deste questionamento é que tem vez a discussão do ônus da prova.

Consoante Renato Brasileiro de Lima, os ônus de prova representam um imperativo do próprio interesse das partes, e, caso haja descumprimento, não haverá qualquer ilicitude, pois, o cumprimento do ônus da prova interessa ao próprio sujeito onerado.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 593), define ônus de prova como sendo:

[...] o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito.

Assim, o ônus da prova serviria como um estímulo às partes a produzirem provas acerca de suas afirmações, pois sabem das consequências em caso de inércia nessa atividade. Pietro Perlingieri (2004, p. 698) define ônus da seguinte forma:

O ônus é a situação passiva na qual o titular deve comportar-se não no interesse de outrem, mas sim, próprio. O ônus é definido [...] como *obbligo* potestativo, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não. [...] representa uma situação instrumental para alcançar um resultado útil para o titular.

Completa ainda o professor italiano que “o adimplemento do ônus da prova não realiza um direito de outrem, mas o próprio interesse do titular” (PERLINGIERI, 2004, p. 699).

Caso não seja exercido o ônus da prova a doutrina, em especial Renato Brasileiro de Lima, subdivide as consequências do não cumprimento, em ônus em perfeito e menos

perfeito. Sendo o ônus perfeito o prejuízo, o qual é o resultado de seu descumprimento, ocorre necessária e inevitavelmente. Já o menos perfeito é quando os prejuízos que derivam de seu descumprimento se produzem com a avaliação judicial.

Entretanto, Cândido Rangel Dinamarco (1994) apresenta classificação semelhante, classificando-os em absolutos e relativos. De acordo com esse autor:

[...] ônus absoluto são aqueles cujo descumprimento conduz fatal e invariavelmente à consequência desfavorável, ou priva inexoravelmente o sujeito de uma situação de vantagem. São relativos aqueles que somente tornam improvável a vantagem ou provável a vantagem. O descumprimento do ônus relativo fará com que o seu titular corra o risco de ser prejudicado, mas é possível que o risco não se consume, caso a conduta seja praticada por outra pessoa. (DINAMARCO, 1994, p. 202)

Convém ressaltar, que a distribuição do ônus da prova apresenta-se como uma norma jurídica com dupla finalidade: sendo ônus da prova objetivo e subjetivo. No aspecto objetivo, funciona como regra de julgamento a ser aplicado pelo magistrado quando permanecer em dúvida no momento do julgamento, “trata-se de uma regra prática dirigida ao juiz para solução da demanda na hipótese de ausência ou insuficiência de prova de algum fato” (LIMA, 2015, p.593). Já o aspecto subjetivo é compreendido como o encargo que recai sobre as partes de buscar as fontes de prova capazes de comprovar as afirmações por elas feitas ao longo do procedimento, sendo introduzidas no processo através dos meios de prova legalmente admissíveis. Em suma, “o ônus da prova objetivo o destinatário é o juiz, enquanto que no subjetivo é voltado para as partes, a fim de que saiba qual delas deve suportar o risco da prova frustrada” (LIMA, 2015, p. 594).

Quanto ao ônus da prova da acusação e defesa, há duas correntes doutrinárias. A corrente majoritária, preleciona que incumbe à acusação provar: a existência do fato típico; a autoria ou participação; a relação de causalidade; e o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa).

De acordo com a primeira corrente, a acusação teria de provar somente a existência do fato típico, não sendo objeto de prova acusatória a ilicitude e a culpabilidade, destarte, sendo comprovada a existência do fato típico, haveria uma presunção de que o fato seria ilícito e culpável, cabendo ao acusado contrariar a presunção alegada.

Em relação ao elemento subjetivo do ônus da prova Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 595) afirma “que há doutrinadores que sustentam que o dolo é presumido, razão pela qual à acusação incumbiria tão somente o ônus probatório quanto à culpa”. Entretanto, em relação ao dolo, sendo ele presumido a partir da prova dos demais elementos que compõem o tipo penal,

incumbiria ao acusado provar que não agiu com dolo, essa é a posição de Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 258), segundo o qual deve a acusação

comprovar a forma de inobservância da cautela devida no crime culposos: imprudência, negligência ou imperícia; bem como o dolo que, no mais das vezes, é presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário.

Assevera Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 595) discordando dessa posição, pois, “em um Estado que consagra o princípio da presunção de inocência, não se pode admitir que o dolo fosse presumido, sob pena de inequívoca violação à regra do *in dubio pro reo*”.

Deste modo, salienta-se que o ônus da prova da acusação recai sobre o fato típico, autoria ou participação, nexos causal e elemento subjetivo, tendo assim, a defesa a incumbência de provar a presença de uma causa de excludente de ilicitude, de culpabilidade, assim como uma causa extinta de punibilidade.

Consoante à segunda corrente doutrinária (minoritária) sobre o ônus da prova, diz caber exclusivamente à acusação provar os fatos alegados. Paulo Rangel (2015, p. 507) discorda da divisão do ônus da prova entre a acusação e a defesa:

[...] discordamos da doutrina que acima mencionamos, que divide o ônus da prova entre a acusação e a defesa, dando uma visão à luz apenas da lei ordinária, e não de acordo com a Constituição, ao art. 156 do CPP. Devemos interpretar a lei ordinária de acordo com a Constituição e não o inverso, sob pena do ônus da culpa recair sobre o réu e não sobre quem lhe fez a imputação de fato proibido na lei penal.

Neste mesmo sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações

criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. **A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.** - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. **DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDOTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA.** - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. **AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.** - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (STF - HC: 84580 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222)

Assim, pode-se concluir que o ônus da prova recai sobre a acusação, cabendo a ela demonstrar que o acusado é autor de fato típico, antijurídico e culpável. Entretanto, não significa que a acusação precisa fazer prova de todas as circunstâncias mencionadas, como se possuísse o ônus de evidenciar o fato típico, associadas à inexistência de qualquer excludente.

Portanto, a acusação está incumbida de provar a prática do crime e, caso seja alegada alguma excludente, fica também incumbida de demonstrar ao juízo a sua inocorrência, fragilidade ou inconsistência.

2.3 Princípios da Prova no Direito Processual Penal

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

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

Dentre alguns princípios, serão elencados apenas quatro, conforme os doutrinadores Paulo Rangel (2015), e Renato Brasileiro de Lima (2015) e que são de suma importância para a aplicação das regras materiais atinentes às provas.

2.3.1 Princípio da verdade real

O princípio da verdade real, conhecido também como princípio da verdade substancial ou material. De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 66), o juiz seria dotado de vários poderes instrutórios, assim:

A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual.

Assim, para se obter a verdade tudo era válido, deste modo, a busca pela verdade real justificava as arbitrariedades cometidas pelas autoridades responsáveis pela persecução penal.

Consoante Renato Brasileiro de Lima (2015), atualmente a verdade real deixou de existir, pois no âmbito processual, admite-se que é impossível atingir uma verdade absoluta,

isto é, a prova produzida em juízo, por mais completa que seja, é incapaz de dar ao juiz um juízo de certeza absoluta.

A prova no processo penal busca a reconstrução dos fatos, mas nunca tem o objetivo de atingir uma verdade real. Diante disso Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 67), diz que este princípio não mais existe no processo penal, dando lugar ao princípio da busca da verdade:

[...] o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca pela verdade. Esse princípio também conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, bem como de princípio da investigação, princípio inquisitivo ou princípio da investigação judicial da prova.

Insta salientar que seu fundamento está disciplinado no artigo 156 do Código de Processo penal, permitindo que o juiz produza provas de ofício somente na fase processual, sendo destarte a sua atuação sempre complementar, subsidiária.

É de suma importância mencionar que a busca pela verdade no processo penal tem de respeitar a legalidade da legislação penal brasileira, pois, as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal.

2.3.2 Princípio da liberdade da prova

O princípio da liberdade da prova deriva do princípio da verdade processual, ou seja, o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, neste sentido Paulo Rangel (2015, p. 468):

[...] na busca da verdade, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, como escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, a ele pertence; porém, sua atuação encontra limites previstos em lei.

Deste modo, o princípio da liberdade da prova pode apresentar dois desdobramentos. Primeiro, tem-se que o juiz está adstrito à consideração das provas para sua fundamentação e julgamento. Conquanto, dentro disso, é livre para fazer a apreciação das provas. E decorrente desta ideia, tem-se também que este princípio guia a produção de provas, ou seja, é a de que as partes são livres para produção de provas, desde que o intuito seja o de provar suas alegações.

É perceptível que existe ampla ligação com outros princípios, sendo possível até mesmo dizer que pode ser encontrado dentro dos princípios constitucionais do processo. Por

exemplo, pode ser citado o direito à ampla defesa, vez que o acusado pode se utilizar-se de vários meios probatórios para constituir sua defesa.

Outro princípio é o do devido processo legal, pois no decorrer do procedimento, sobretudo na fase instrutória, a produção de provas é instrumento indispensável para que tal princípio seja atendido.

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

Entretanto, as considerações iniciais acerca do princípio da liberdade de prova pode indicar que o processo pode desdobrar-se de forma livremente no que tange à atividade probatória às partes. Conquanto, não se deve esquecer que o devido processo legal também traz pontos restritivos à atividade probatória e, inclusive, à ponderação destas para decisão final do processo.

Mas, antes de citar dentro do princípio da proibição de provas ilícitas sobre a restrição da produção de prova, é preciso mencionar, conforme Paulo Rangel (2015), que na apreciação de provas pelos os juízes, estas têm restrições às quais têm de ser respeitadas.

Levando-se em consideração outros princípios e preceitos, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário observar que não é admitida, durante o processo, uma atividade que seja contra garantias individuais, tudo por um resultado final do processo. Assim, quis explicar Paulo Rangel (2015, p. 469) “[...] pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito”.

Apenas para demonstrar o sentido das restrições trazidas pela lei, pode ser citado o dever de segredo profissional. Isto é, aquelas pessoas que devam guardar segredo em razão de sua atividade profissional, assim como a apreensão de documento em poder do defensor, que é vedada pela lei.

2.3.3 Princípio da comunhão das provas

A produção de provas visa atender aos interesses das partes no processo. A acusação busca por provas para demonstrar a veracidade de suas alegações e posteriormente condenação do acusado. Já o réu utiliza-se dos meios probatórios para convencimento do juiz acerca de sua inocência ou até mesmo para que possa receber outros benefícios processuais.

Porquanto, com os métodos de investigação cada vez mais avançados, talvez a absolvição seja dificultada, entretanto, o ordenamento jurídico penal e processual penal trazem uma série de situações que podem ser benéficas para o réu. Por isso, essas situações também se apresentam como objetivo da atividade probatória.

Destarte, a orientação trazida por este princípio, é que no instante em que a prova é juntada aos autos, embora produzida por somente uma das partes ou a requerimento do juiz, passa a pertencer a todas as partes, e inclusive ao juiz.

Nesse sentido, o desembargador Rui Portanova (1999, p. 217), já se manifestou com acerto na doutrina nacional:

Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça, diz Echandia, há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição.

Deste modo, a parte deverá ser cuidadosa durante a produção probatória. Se determinada parte quiser renunciar a uma determinada prova, ainda assim é possível que não ocorra, pois, o magistrado, caso entenda ser aquela prova essencial na busca pela verdade real dos fatos, poderá determinar que permaneça no curso do processo, mesmo que seja contra a vontade da parte que a produziu.

Insta salientar que mesmo uma prova, após ser acostada aos autos, seja considerada prejudicial ao interesse da parte que a produziu, não poderá retirar a prova, se não houver a concordância da parte contrária. E ainda, que a outra parte entenda ser aquela prova dispensável, o magistrado poderá determinar que permaneça no processo. Trata-se da “gestão da prova, que ainda está em suas mãos” (RANGEL, 2015, p. 468).

Por fim, Fernando Capez (2012, p. 400) quer demonstrar a finalidade da aplicação deste princípio:

No campo penal, não há prova pertencente a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador.

Deste modo, este princípio ensina que as provas pertencem ao processo, não somente a uma das partes, pois o objetivo da prova é formar a convicção do juiz.

2.3.4 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Como já explanado anteriormente, o direito à prova, como todo e qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta, devendo respeitar o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, tem limitações ao direito de provar.

Deste modo dispõe a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”, bem como o Código de Processo Penal, no 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Destarte, pode-se conceituar provas ilícitas como sendo provas produzidas em contrariedade com a lei, não obedecendo aos parâmetros legais para sua produção.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci (2011) preceitua que as provas ilícitas podem ser definidas como:

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

Em conformidade com Eugênio Pacelli (2016, p. 347), a vedação das provas ilícitas tem como finalidade a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, tendo deste modo o intuito de tutelar os direitos e garantias individuais, assim:

a vedação de provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.

Por conseguinte, a proibição da utilização de provas ilícitas busca assegurar um equilíbrio entre a acusação e a defesa no âmbito processual, impedindo a produção de provas pelos agentes do Estado, os quais geralmente são os responsáveis pela prova. Neste mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 607) “a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais”.

Além disso, as provas ilícitas podem ser classificadas em formais e materiais. As provas ilícitas formais ocorrerão quando a prova, no momento de sua introdução, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a prova ilícita materiais delinea-se por desrespeito à lei, como exemplo, constrangimento físico com o intuito de obter a confissão.

Tendo em vista que vivemos em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço, sendo vedada a utilização de provas em um processo obtidas por meios ilícitos.

2.3.4.1 Prova ilícita por derivação

Prova ilícita por derivação é aquela proveniente de uma investigação alicerçada em uma prova ilícita, cujos resultados obtidos foram elementos probantes de forma válida. Nesta mesma linha, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 612) conceitua provas ilícitas por derivação “[...]são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”.

A título de exemplo pode-se se citar quando um suposto réu é torturado para confessar o delito que cometeu. Tem-se deste modo, que a confissão não é válida no ordenamento jurídico brasileiro, pois, é uma prova que foi obtida por meio ilícito.

Por oportuno, convém abordar a teoria dos frutos da árvore envenenada, assim como as exceções quanto à possibilidade do uso da prova ilícita encontrada no processo penal.

2.3.4.2 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Esta teoria originou-se na Suprema Corte norte-americana, que a explica que “o defeito da árvore se transmite aos frutos” (SILVA, 2010, p. 22), neste sentido, Avolio ensina que o “vício da planta se transmite a todos os seus frutos” (AVOLIO, 2003, p. 68).

No Brasil, segue o mesmo raciocínio das jurisprudências norte-americanas, vedando o uso de provas contaminadas, conquanto, a situações em que o ordenamento jurídico brasileiro tem admitido a prova viciada, quando esta servir em favor da defesa.

Em conformidade com Eugênio Pacelli de Oliveira (2016), em sua obra Curso de Processo Penal, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada é uma “simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas” (2016, p. 365).

Com a entrada da Lei n.º 11.690/08, a teoria dos frutos da árvore envenenada passa a integrar o ordenamento jurídico brasileiro de modo expresso no Código de Processo Penal, pois, o artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal:

Art. 157

(...)

“§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Entretanto, quando o magistrado se deparar com um caso de prova ilícita por derivação, é imperioso que seja realizado um exame cauteloso do caso concreto, com o intuito de averiguar se a prova posterior se encontra ou não envenenada, pois nem toda prova apresentada após há uma prova ilícita pode ser considerada contaminada.

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 72.588/PB:

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PAR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige numerus clausus para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. **As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que**

tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.

(STF - HC: 72588 PB, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 12/06/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-08-2000 PP-00003 EMENT VOL-01998-02 PP-00289 RTJ VOL-00174-02 PP-00491)

Insta salientar que a teoria dos frutos da árvore envenenada, apresentar-se-á algumas exceções, dentre as quais, no momento, iremos discorrer: da teoria da fonte independente, e da teoria descoberta inevitável.

2.3.4.3 Teoria da Fonte Independente

Essa teoria encontra-se prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 157, § 2º:

Art. 157.

(...)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

A aplicação desta teoria da fonte independente baseia-se consoante Eugênio Pacelli de Oliveira (2016, p. 366) “na ausência lógica ou temporal”, ainda conceitua fonte de prova independente “é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada”.

Neste mesmo sentido Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 614-615):

De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Também aborda o presente tema Cesar Dario Mariano da Silva (2010, p. 24), prelecionando que:

A fonte é capaz, de, por si só, usando de métodos regulares de obtenção de prova, chegar ao fato objeto da prova considerada ilícita. Nesse caso, a fonte independente fatalmente chegaria a mesma prova que se originou da ilícita, motivo pelo qual a lei

não a macula, podendo ser aproveitada no processo. Note-se que se trata de uma presunção legal de licitude, já que a lei, dentro de um critério de razoabilidade, entende que seria possível chegar-se ao objeto da prova com o emprego dos trâmites típicos e de praxe próprios da investigação e da instrução criminal. A título de exemplo, suponhamos que por meio de uma interceptação telefônica ilegal seja apreendido carregamento de drogas. Como a apreensão decorreu de uma prova ilícita, ela é contaminada pela ilicitude probatória, bem como todas as demais provas dela decorrentes. No entanto, paralelamente à interceptação telefônica ilegal, corriam outras diligências investigatórias independentes e lícitas (oitiva de testemunhas, apreensão legal de documentos etc.), de modo que, por meio delas, fatalmente chegar-se-ia ao carregamento de drogas. Como efeito, como essas diligências são consideradas fontes independentes, a apreensão do carregamento de drogas não será contaminada pela ilicitude e poderá ser admitida no processo.

Ainda, sobre a teoria da fonte independente já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECLAMAÇÃO. HABEAS CORPUS Nº 51.586/PE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À AUTORIDADE DE DECISÃO DESTA CORTE. INOCORRÊNCIA. DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA E DAS DERIVADAS. OCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE AS DEMAIS PROVAS TENHAM NEXO CAUSAL COM A ILÍCITA. EXISTÊNCIA DE FONTE INDEPENDENTE. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A reclamação é instrumento processual de caráter específico e aplicação restrita. Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea f, da Constituição Federal, presta-se para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais.

2. Na hipótese dos autos, inexistente descumprimento da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do writ 51.586/PE, pois o pronunciamento desta Corte concedeu a ordem em parte, "apenas para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada, bem como das provas dela derivadas".

3. **Não comprovando o reclamante o nexo de causalidade entre a prova tida como ilícita e as demais, e constando dos autos a existência de fonte independente, não tem como prosperar a presente reclamação**, haja vista já ter sido determinada "a devolução do quanto apreendido naquelas medidas cautelares e a expunção do que adveio delas, inclusive laudos de exame em mídia de armazenamento computacional, laudos periciais de documentos e laudos contábeis"

4. Reclamação julgada improcedente.

(Rcl. 2.988/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 30/05/2011).

Ante o exposto, a teoria da fonte independente tem respaldo no nosso ordenamento jurídico brasileiro, não ferindo a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, tendo em vista que a fonte da nova prova obtida não possui relação com aquela alcançada por meios ilícitos, deste modo não há razão para que esta prova seja retirada do processo.

2.3.4.4 Teoria da Descoberta Inevitável

Essa teoria também conhecida como exceção da fonte hipotética independente/inevitável, considera lícita a prova derivada da ilícita, pois, consoante essa

teoria a prova seria produzida de qualquer forma, sendo assim a prova é considerada válida para o processo penal.

Nestes termos Eugênio Pacelli de Oliveira (2016, p. 366), conceitua essa teoria:

Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de casualidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.

Para Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 616):

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável.

Consoante Renato Brasileiro de Lima (2015), a teoria da descoberta inevitável não consta de forma expressa no ordenamento processual penal brasileiro, entretanto para alguns doutrinadores esta teoria encontra-se expressa na parte final do § 1º e no § 2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal.

Diante disso, o Superior Tribunal Justiça julgou no *Habeas Corpus* 52.995/AL, sobre a teoria descoberta inevitável, como se verificar a seguir:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexiste, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante,

é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. **7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável.** 8. Ordem denegada.

(STJ - HC: 52995 AL 2006/0011608-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/09/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2010).

Portanto, o que propõe essa teoria não é um juízo de possibilidade de se encontrar a prova independente da ilícita, mas sim um juízo de probabilidade de se alcançar a prova principal através dos trâmites normais e corriqueiros da investigação.

Neste capítulo, discutiu acerca da prova no processo penal, a quem compete o ônus da prova, assim como discorreu sobre a provas ilícitas, e as exceções que admitem o uso desta. Portanto, o terceiro capítulo discorrerá sobre a teoria da serendipidade, demonstrando a possibilidade da utilização da prova fortuitamente encontrada no processo penal.

3 TEORIA DA SERENDIPIDADE OU ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

3.1 História e Conceito da Serendipidade

A palavra serendipidade significa sair em busca de uma coisa e encontrar por acaso outra, às vezes, mais valiosa do que se procurava. No artigo titulado “Internet é o melhor exemplo de serendipidade”, o jornalista e colunista do Jornal Folha de São Paulo, Ethevaldo Siqueira (2009, n.p), nos informa a origem da palavra da seguinte forma:

Serendipidade? Essa estranha palavra significa algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outras muito mais interessantes e valiosas. O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa registra serendipidade como forma aportuguesada do inglês serendipity e a define como aptidão, faculdade ou dom de atrair coisas úteis ou de descobri-las por acaso. Serendip era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas Os três príncipes de Serendip, personagens que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam.

A história de Walpole conta as aventuras de três príncipes do Ceilão (atual Sri Lanka), que faziam descobertas inesperadas, tendo como resultados algo que não estavam procurando realmente. Graças à capacidade deles de observação e sagacidade, descobriam “acidentalmente” a solução para dilemas impensados. Esta era uma “característica que tornava-os especiais e importantes, não apenas por terem um dom especial, mas por terem a mente aberta para as múltiplas possibilidades”.

Conforme se pode extrair do artigo “A serendipidade na interceptação telefônica e telemática” de Alessandro Pinheiro da Veiga (2014, n.p.), sobre o uso da palavra serendipidade:

Após 1754, a palavra serendipity passou praticamente despercebida por mais de cem anos. Aí, alguns pesquisadores tropeçaram nela, passaram a falar e a escrever sobre ela, e a palavra acabou entrando até em alguns antigos dicionários. Por exemplo, o dicionário de Sir James A. H. Murray definiu-a assim: ‘Fazer descobertas por acidente e reconhecendo a sagacidade de coisas não buscadas’, ou ‘a faculdade de realizar descobertas, felizes e inesperadas, por acidente.

Partindo-se desta linha de raciocínio a teoria da Serendipidade é a análise do encontro fortuito de provas no âmbito investigatório e instrutório, podendo, deste modo, a utilização dessa prova no mesmo processo ou em processo distinto.

Consoante Luiz Flávio Gomes (2009), a doutrina refere-se a esse fenômeno da serendipidade como "encontro fortuito" (hallazgos fortuitos) ou "descubrimientos casuales" ou "descubrimientos accidentales" ou, como se diz na Alemanha, Zufallsfunden. No mesmo

sentido, Damásio E. de Jesus ainda menciona que se trata de conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido.

Em conformidade com o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 622):

A teoria do encontro fortuito ou causal de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes a outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas ou serendipidade quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2009, n.p), a serendipidade “[...] significa algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (outras), às vezes, até mais interessante e valiosa. Vem do inglês serendipity, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso”.

De mais a mais, a serendipidade ocorre quando no curso de uma persecução criminal encontra casualmente provas relacionadas a outro delito, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação principal, podendo esta prova ser conexa ou não com o crime apurado.

3.2 Natureza Jurídica da Serendipidade no Processo Penal Brasileiro

Insta mencionar que a doutrina brasileira pouco se discute sobre a teoria da serendipidade ou encontro fortuito de provas. Tendo em vista, que se caracteriza uma situação de anormalidade, pois não é produzida nos exatos moldes legais, deste modo, é comum que surjam questionamentos sobre a sua legalidade e possível utilização no processo penal.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2009), há duas espécies de serendipidade, sendo de primeiro e segundo grau. Para este doutrinador, a serendipidade de primeiro grau ocorre quando a descoberta fortuita de prova decorre de conexão ou continência com o fato investigado. Como exemplo pode-se citar: numa interceptação telefônica em que é descoberta uma prova, a qual não é objeto da investigação, porém, é conexa ao crime principal que está sendo investigado.

Entretanto, a serendipidade de segundo grau decorre quando os fatos descobertos não têm ligação ou continência com os investigados, ou seja, inexistente qualquer vínculo entre a prova encontrada e aquele objeto inicial da investigação.

Convém ressaltar que a doutrina majoritária e jurisprudência pátria admite apenas a serendipidade de primeiro grau em matéria de provas. Conquanto, ao que tange a

serendipidade de segundo grau, parte da doutrina restringe o uso como prova, classificando-a como prova ilícita.

3.3 Sobre a prova encontrada fortuitamente

3.3.1 Considerações Iniciais

Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro pouco discorre sobre a teoria da serendipidade, e como há muitas discussões sobre o tema, tem-se o questionamento se prova encontrada fortuitamente não postergaria o direito do acusado.

Levando-se em consideração que quando estamos diante de uma prova encontrada fortuitamente, tem-se na área processual penal um conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade do indivíduo suspeito do cometimento de fato criminoso.

Neste sentido, esclarece Antonio Eduardo Ramires Santoro (s/d., n.p) no artigo denominado “A inconstitucionalidade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada”:

[...] há de um lado, a necessária busca do Estado em reprimir e punir o cometimento de crimes e, de outro, tão necessária quanto, senão mais, a observância dos direitos e garantias individuais, primordiais em cumprimento do Estado Democrático de Direito e respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípios políticos-constitucionais estruturantes do Estado brasileiro, inclusos nos chamados de princípios constitucionais fundamentais. (SANTORO, s.d., n.p.)

Assim, existindo a violação a um direito fundamental, poderia considerar válida a prova encontrada, a qual não foi objeto da ordem judicial, seria este o meio para exceder a proteção da Constituição Federal quanto à privacidade e à intimidade?

Destarte, a doutrina e a jurisprudência esclarecem várias noções da possibilidade de admitir ou não o uso da prova encontrada fortuitamente. Convém salientar que, quando surgiu a teoria da serendipidade havia restrição, bem como a inadmissibilidade do uso da prova encontrada fortuitamente.

Importante ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, na legislação penal brasileira, não há uma positivação deste tema, para que possa dizer quais meios devem ser utilizados para considerar válida a prova encontrada fortuitamente. Destarte, recorrem-se às doutrinas e às jurisprudências para saber qual é o posicionamento dominante.

3.3.2 Da admissibilidade do uso da prova encontrada no Processo Penal Brasileiro

Este tópico trata-se de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à utilização da prova encontrada fortuitamente no processo penal, levando-se em consideração a ocorrência ou não de conexão entre o crime cometido e a prova encontrada casualmente. Sobre isso, é de suma importância discorrer sobre a serendipidade de primeiro grau, ou seja, encontro fortuito de primeiro grau, bem como da serendipidade de segundo grau, isto é, encontro fortuito de segundo grau.

3.3.2.1 Serendipidade de Primeiro Grau (Encontro Fortuito de Primeiro Grau)

Como já explicado em tópicos anteriores neste capítulo, o encontro fortuito de primeiro grau é aquela prova a qual tem conexão ou continência com o objeto investigado, assim só será válida prova encontrada fortuitamente se tratar de conexão com o delito investigado. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2009, n.p.), em seu artigo “*Natureza Jurídica da Serendipidade nas Interceptações Telefônicas*” esclarece:

Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado - *historischen Lebenssachverhalt*). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal.

No mais, se há conexão ou continência entre os crimes, as provas encontradas fortuitamente, podem servir efetivamente como provas, sendo assim podendo o magistrado utilizá-las para fundamentar sua sentença condenatória, é o que ensina Luiz Flávio Gomes (2009, n.p.) em seu texto:

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

É de extrema importância acostar ao presente trabalho, os entendimentos dos tribunais brasileiros, acerca do encontro fortuito de provas de primeiro grau. No *Habeas Corpus* 83.515/RS, o Supremo Tribunal Federal, pelo Relator Ministro Nelson Jobim, adotou o posicionamento de que a interceptação telefônica autorizada judicialmente, e desde que os

fatos sejam conexos, ou tenham algum liame, com o fato o objeto da investigação, pode servir como fonte de probatória de encontro fortuito de fato delituoso.

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. **Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação.** Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (STF - HC: 83515 RS, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 16/09/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609)

Como também se extrair do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 626214-STF, de relatoria do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa entendeu que se a obtenção da prova obedeceu aos critérios legais, não há em que se falar em impedimento da utilização da prova encontra fortuitamente, ele afastou a necessidade de que o crime seja apenado com reclusão, podendo ser aplicado aos delitos cuja pena é a detenção, ademais tem de haver a conexão com o crime investigado, como pode extrair do agravo:

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.

(STF - AI: 626214 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 21/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n.º 69.552, tendo como relator o Ministro Felix Fischer, em seu voto coaduna-se com o mesmo posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

[...] se o fato objeto do encontro fortuito é conexo ou tem relação de continência com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio de prova, inclusive quanto ao fato descoberto em tais circunstâncias.

Para melhor elucidar a questão da prova encontrada fortuitamente (encontro fortuito de primeiro grau), se faz necessário trazer os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini (1997, p. 194/195):

O critério da conexão é perfeitamente válido em nosso ius positum. Aliás, em virtude das peculiaridades do nosso direito, urge falar-se em conexão ou continência. Tudo porque nosso Código de Processo Penal faz essa distinção, nos artigos 76 e 77. Se o fato objeto do “encontro fortuito” é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita interceptação (art. 2.º, inc. III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar (enervar) o princípio da presunção de inocência.

Para o direito alemão, de acordo com jurisprudência do Tribunal Supremo (BGH), a prova alcançada tem valor jurídico, desde que o fato encontrado fortuitamente tenha conexão com algum dos crimes que autorizam a interceptação telefônica, ou seja, não é preciso que haja conexão com o crime investigado ou com a pessoa investigada.

No “direito italiano admite-se, qualquer encontro fortuito, desde que o fato descoberto tenha conexão com algum crime cuja prisão seja obrigatória” (GOMES, 2009).

No direito espanhol, conforme nos diz Luiz Flávio Gomes (2009) não existe uma doutrina que trata especificamente do tema em questão. O que se sugere, sendo que isso também é válido para o direito brasileiro, é o seguinte:

É fundamental o “critério da conexão”, mas impõe-se delimitar o grau de conexão necessário para que a prova seja admitida como válida; de outro lado, é de relevância ímpar a motivação (fundamentação) da decisão autorizadora da medida, porque nela deve vir descrita a situação objeto da investigação, assim como o sujeito passivo.

Ante o exposto, para que haja a serendipidade de primeiro grau é necessário que tenha ocorrido conexão ou continência com o objeto da investigação, desta maneira pode o juiz utilizá-la para fundamentar sua decisão.

3.3.2.2 *Serendipidade de Segundo Grau (Encontro Fortuito de Segundo Grau)*

Como já explicado em tópicos anteriores neste capítulo, a serendipidade de segundo grau ou encontro fortuito de segundo grau, é aquela cuja prova fortuitamente encontrada não tem conexão ou continência com o crime objeto da investigação. Embora a jurisprudência majoritária entenda que prova encontrada fortuitamente tem de haver conexão com o crime objeto da investigação, há também posicionamentos de que a prova encontrada não tem de ter conexão com o objeto da investigação.

Para que seja admitida a prova encontrada fortuitamente sobre esse enfoque, tem de haver legalidade na obtenção da prova, não podendo ter desvio causal, isto é, deve obedecer aos parâmetros da legalidade, pois, caso tenha desvio, a prova se torna ilícita, não podendo ser utilizada como fonte prova. Convém mencionar que o Estado não pode ignorar a descoberta de um novo delito, sendo que punição é interesse do Estado-acusação.

Insta ressaltar que o encontro fortuito de prova de segundo grau tem natureza jurídica de *notitia criminis*, destarte, não sendo o fato conexo ou versando sobre outro indivíduo, a prova se torna imprestável, entretanto, esta descoberta pode valer como fonte de prova de uma investigação, servindo apenas como uma notícia-crime.

Neste sentido Luiz Flávio Gomes preleciona que:

[...]é válida a prova se se descobre fato delitivo conexo com o investigado, mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou versa sobre outra pessoa, não vale valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma *notitia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente.

Nesta mesma linha de raciocínio Pedro Coelho (2016), assevera que a legítima utilização da prova descoberta fortuitamente somente poderia ocorrer quando a presença de conexão ou continência em relação ao delito inicialmente investigado, do contrário à sua utilização somente poderia se dar como *notitia criminis*.

Ainda neste diapasão Aury Lopes Jr (2016, p. 401), entende:

[...] sem negar a possibilidade de que a prova obtida a partir do desvio causal sirva com *starter* da investigação do novo crime (se preferir, como notícia-crime), sendo assim uma “fonte de prova”, mas não como “prova”. Não será “a” prova, mas um elemento indiciário para o início da investigação, de modo que nova investigação pode ser instaurada e novas buscas, interceptações etc. podem ser adotadas. Mas a prova desse crime deve ser construída de forma autônoma.

Como se pode observar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. FATOS TÍPICOS ENVOLVENDO DESEMBARGADORES DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 21 DENÚNCIAS EM UMA ÚNICA PEÇA. DENÚNCIAS Sãs E INEPTAS MESCLADAS, RECEBIDAS E REJEITADAS CONFORME APTIDÃO À PERSECUÇÃO PENAL. TRÊS NÚCLEOS ATIVOS DISTINTOS NA NEGOCIAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS. OUTROS DELITOS ISOLADOS. CÚMULO OBJETIVO E SUBJETIVO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE DESEMBARGADORES PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO CURSO DO INQUÉRITO. CONEXÃO PELA PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADORES EM MAIS DE UM NÚCLEO. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO PROBATÓRIA UNIFORME E VÍNCULO TELEOLÓGICO DOS FATOS. CONCUSSÃO, CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA (“VENDA DE SENTENÇA”). CORRUPÇÃO PASSIVA NA MODALIDADE “RECEBER”. BILATERALIDADE. DESCRIÇÃO DOS FATOS RELATIVOS AO CORRUPTOR ATIVO, AINDA QUE NÃO DENUNCIADO. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. PAGAMENTO FACILITADO DE PRECATÓRIO. CONCUSSÃO CONTRA OS BENEFICIÁRIOS CARACTERIZADA EM TESE. ACORDOS JUDICIAIS IRREGULARES COM O ESTADO. BENEFICIÁRIOS DESEMBARGADORES. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA APTA A SERVIR DE LASTRO PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DA “SERENDIPIDADE”. 1. A denúncia deve ser recebida quando descreve condutas concretas que se subsumem a normas penais abstratas (art. 41 do CPP) e, além disso, esteja respaldada por um início de prova razoável (justa causa). No caso, verificam-se 21 acusações distintas contra 18 pessoas, que formam, portanto, 21 denúncias em peça inicial única. Necessidade de apreciação da aptidão de cada uma delas para se tornar ação penal. 2. Propostas de acusação contra desembargadores que perdem o cargo por decisão do Conselho Nacional de Justiça devem, em princípio, pelo cancelamento da Súmula n. 394 do STF, ser remetidas ao órgão competente de primeiro grau. Exceções ao princípio, conforme Súmula n. 704 do STF. Conexão verificada tanto do ponto de vista instrumental quanto pela organicidade dos grupos que atuavam no Tribunal. **Demais denúncias respeitantes a ex-desembargadores sobre fatos isolados e sem conexão com os núcleos observados na investigação devem ser remetidas à instância comum.** 3. Decisão pela interceptação telefônica por juiz de primeiro grau de pessoas sem foro especial. Aproveitamento na denúncia de diálogos dessas pessoas. Absoluta irrelevância probatória de único diálogo fortuitamente captado, quando o inquérito já estava no Superior Tribunal de Justiça,

da pessoa interceptada com desembargador. 4. Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode-se divisar fatos diversos daqueles que a ensejaram. Princípio da "serendipidade". A limitação do prazo de 15 dias para interceptação de conversas telefônicas não constitui óbice à renovação do pedido de monitoramento por mais de uma vez. A repetição dos fundamentos na decisão de prorrogação não representa falta de fundamentação legal. Prova são. 5. Receber dinheiro para manipular decisões em favor de uma parte específica, com a intermediação de advogados, preenche os elementos do tipo da corrupção passiva. 6. Exigir de beneficiários de precatórios cerca de 50% do seu valor para quebrar a ordem de pagamento e apressá-lo mediante vantagem paga a desembargadores competentes para a liberação da verba constitui, em tese, concussão. 7. Núcleos de advogados e magistrados que se organizam para vender decisões judiciais e facilitar o pagamento de precatórios, com papéis definidos de cada um dos membros respectivos de forma estável e sistemática, constituem, em tese, associação criminosa. 8. Concerto entre procuradores estaduais e desembargadores a fim de receberem indenizações oriundas de acordos dolosa e maliciosamente celebrados com o Estado representa teoricamente o crime contra a administração pública. 9. Demais denúncias recebidas e rejeitadas ou rejeitadas parcialmente, conforme a imputação e início de prova razoavelmente consistente.

(STJ - APn: 690 TO 2007/0170824-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 15/04/2015, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 22/05/2015)

E, no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A existência de previsão específica, no art. 105, II, a, da CF, de cabimento de recurso ordinário contra decisões denegatórias de habeas corpus exclui toda e qualquer interpretação no sentido de autorizar o manejo do writ originário nesta Corte, substitutivo de recurso ordinário, com fundamento no art. 105, I, c, da CF. 2. Assim, verificada a hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o não conhecimento da impetração, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação inócurrenente na espécie. 3. Em relação ao paciente Willian, conforme noticiado pelo Juízo de primeira instância, o writ encontra-se prejudicado, pois teve extinta a punibilidade em decorrência de seu óbito. 4. As interceptações telefônicas ora impugnadas não foram realizadas tão somente para apuração de crimes contra a ordem tributária, nem sequer havia conhecimento da prática de tais crimes quando de sua determinação, sendo certo que o início das investigações visava averiguar a prática de contrabando e descaminho. 5. Ademais, os pacientes sequer chegaram a ser denunciados por delitos contra a ordem tributária, mas sim por crimes outros, como formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Logo, não há que se cogitar de ausência de substrato fático para a deflagração das investigações, por meio de interceptações. 6. **Ainda que as condutas imputadas aos ora pacientes não guardem relação direta com aquelas que originaram a quebra do sigilo, mostra-se legítima a utilização da referida medida cautelar preparatória, se por meio dela descobriu-se fortuitamente a prática de outros delitos.** 7. **De outro lado, as decisões que determinaram a quebra do sigilo de comunicação dos pacientes foram devidamente fundamentadas, destacando-se os indícios da prática de crimes e da participação dos agentes, demonstrando-se, de maneira concreta, a necessidade da quebra do sigilo para que se pudesse elucidar a teia delituosa, bem como em que medida deveria ser utilizada.** 8. A jurisprudência desta Casa de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que as escutas podem extrapolar o prazo veiculado no art. 5º, da Lei n. 9.296/96 - 15 mais 15 dias - sempre que comprovada a necessidade, como ocorreu na espécie. 9. Ordem prejudicada em parte e, quanto ao mais, não conhecida.

(STJ - HC: 187189 SP 2010/0185709-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 13/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2013)

Por fim, consoante Eugênio Pacelli de Oliveira (2016, p. 370), ensina que “não é a conexão que justifica a licitude da prova”.

3.4 Da Inadmissibilidade do Uso da Prova Fortuitamente Encontrada

A prova encontrada fortuitamente pode não ser aceita no processo penal. Entretanto, para que isso ocorra o meio utilizado para obtenção da prova extrapolou os limites legais, deste modo tornando a prova fortuitamente encontrada ilícita.

Neste contexto, Eugênio Pacelli de Oliveira (2016, p.368), em seu livro Curso de Direito Processual exemplifica quando é inadmissível a utilização da prova encontrada fortuitamente:

Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente para a busca de animais silvestres. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de ter por provas ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão, em semelhante situação, como é óbvio, o local revistado jamais abrigaria o objeto do mandado judicial.

Pode-se extrair que houve excesso no cumprimento da ordem judicial, assim caso não houvesse o excesso a prova fortuitamente encontrada não seria descoberta. Portanto, é essa situação que a função de controle da atividade policial persecutória visa impedir.

Assim, pode-se concluir que quando há excesso no meio da obtenção de prova, ou seja, ultrapassa aquilo que está na ordem judicial, prova encontrada fortuitamente não será admitida, pois foi obtida de forma ilícita.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. (2016, p. 398) preleciona que o ato judicial deve ser “plenamente vinculado e limitado”, tratando-se assim de uma vinculação causal, “em que a autorização judicial para obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, percebe-se que as provas têm uma importância fundamental no processo penal brasileiro, tendo como finalidade formar a convicção do juiz; é a partir delas que o magistrado decide, podendo absolver ou condenar o suposto acusado.

Entretanto, não são todas as provas que são admitidas no processo penal. Para que seja considerada válida a prova, esta tem de obedecer a legalidade da legislação penal. Caso a prova não tenha sido obtida conforme os parâmetros legais está se torna ilícita, devendo ser desentranhada do processo, bem como as provas derivadas destas (Teoria da Árvore Envenenada). Conquanto, há exceções da possibilidade do uso da prova ilícita, como por exemplo quando a prova seria produzida na investigação de qualquer forma, isto é, seguindo o curso da investigação criminal seria produzida (Teoria da Fonte Independente); outro exemplo é que a prova seria realizada de qualquer maneira, ou seja, em análise ao caso concreto a prova seria descoberta de qualquer maneira (Teoria da Descoberta Inevitável).

A teoria da serendipidade ou encontro fortuito de prova, é aquela prova que não é objeto da investigação. Para que seja admitida, a prova encontrada fortuitamente tem de partir de uma ordem judicial. Convém mencionar que na legislação processual nada se fala acerca da teoria da serendipidade, cabendo a discussão aos doutrinadores e às jurisprudências.

No mais, a serendipidade se divide em dois graus. A serendipidade de primeiro grau, a qual é o posicionamento majoritário, tem de haver conexão ou continência da prova encontrada fortuitamente com o crime investigado. Já a serendipidade de segundo grau, não é necessário que se tenha a conexão ou continência, se a prova encontrada fortuitamente, e está não tenha relação com o objeto da investigação servirá como *notitia criminis*.

Conquanto, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, o critério de conexão ou continência é requisito obrigatório para a admissibilidade da prova fortuitamente encontrada. Porém, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou no sentido de que não é necessário haver conexão ou continência da prova encontrada fortuitamente com o objeto da investigação.

Desta maneira, pode-se concluir que desde que não haja desvio da ordem judicial, isto é, não tenha se excedido no cumprimento da ordem judicial, a prova fortuitamente encontrada pode ser utilizada no processo penal, mesmo não tendo conexão ou continência com o objeto da investigação, servindo neste caso apenas como notícia-crime.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2011.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas** *Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Santo André: Geográfica Editora. 2009. 5ª edição.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Lei Federal nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 05 de outubro de 1988.
- BRUNO. Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral** .3. ed. Tomo II. Rio de Janeiro:Ed. Forense 1967.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11304/a-definicao-do-crime-de-tortura-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro>>. Acesso em: 28 de agosto de 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito – Geral e Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação Telefônica - Lei nº 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- COELHO, Pedro. **Graus da Serendipidade: Você sabia que eles existem?** Compreendendo o fenômeno do Encontro Fortuito de Provas. Disponível em <http://blog.ebeji.com.br/graus-da-serendipidade-voce-sabia-que-eles-existem-compreendendo-o-fenomeno-do-encontro-fortuito-de-provas/>. Acesso em: 22 de abril 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o Princípio de Igualdade Entre Crime e Punição na Filosofia do Direito de Hegel**. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>>. Acesso em: 01 de setembro de 2016.
- FRAGOSO, Claudio Heleno. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas.** <Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009>. Acesso em: 20 de abril de 2016

JOLO, Ana Flavia. **Evolução Histórica do Direito Penal.** Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6gtOv-_DPAhXK15AKHa6AArkQFggpMAI&url=http%3A%2F%2Fintertemas.toledoprudente.edu.br%2Frevista%2Findex.php%2FETIC%2Farticle%2Fdownload%2F3298%2F3049&usg=AFQjCNH1juoRUw2uqqrNFIK_6sCT1LEZxw&bvm=bv.136593572,d.Y2I>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIOR, Paula Fracinetti Souto. **O Direito Penal Germânico Antigo (O “Sistema Penal” Contra o Estranho).** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/21459729/O-DIREITO-PENAL-GERMANICO-ANTIGO-O-SISTEMA-PENAL-CONTRA-O-ESTRANHO>>. Acesso em 16 de julho de 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 1. ed. vol. 1. São Paulo: Bookseller, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRZA, Flavio. **Tributo a Afrânio Silva Jardim:** escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

_____, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 20. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

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

_____, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Vol. 1, 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. MariaCristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed., Campinas: Livraria do Advogado, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A inconstitucionalidade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada**. Artigo disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ded693405194bd81>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SIQUEIRA, Ethevaldo. **Internet é o melhor exemplo de serendipidade**. Artigo disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,internet-e-o-melhor-exemplo-de-serendipidade,324041>>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VEIGA, Alessandro Pinheiro. **A serendipidade na interceptação telefônica e telemática**. Artigo disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/a-serendipidade-na-interceptacao-telefonica-e-telematica/124202/>>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

V. Tomás LÓPEZ FRAGOSO, “**Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal**”, em *Derechos y Libertades*, Revista do Instituto Batolomé de las Casas, ano 1, out/93 a mar/94, n.2, Universidade Carlos III, Madri, p. 83 e ss.

WEBER, Talita Ferreira do Nascimento. **Direito na Idade Média – Dogmática Canônica e a Inquisição**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/direito-na-idade-media-dogmatica-canonica-e-a-inquisicao/34328/>>. Acesso em 01 de setembro de 2016.