

ba: Juruá, 2012.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 10 set. 2015.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PRONADOFF, Cristiane Rodrigues Leitão; Beatriz Vargas (Orientadora). **Sigilo bancário**. 47. f. Monografia (Especialização em Direito Tributário) – Universidade de Brasília, 2008.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. Quebra de sigilo fiscal – questões acerca da dicotomia entre o interesse privado e o interesse público na contemporaneidade. In CÂMARA, Luiz Antônio; GUARAGNI, Fábio André. **Crimes contra a ordem econômica: temas atuais de processo e direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

## Capítulo 8

# A TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA APLICABILIDADE NAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Paula de Oliveira Peres<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho examina a teoria do encontro fortuito de provas e sua aplicabilidade nas investigações preliminares dos crimes contra a ordem econômica. Primeiramente, analisa aspectos gerais ligados à prova, incluindo breves considerações acerca do seu conceito e de sua verdadeira função no processo penal. Na sequência, após uma abordagem acerca da inadmissibilidade das provas obtidas ilícitamente, analisa-se no que consiste a prova casualmente obtida no bojo de uma investigação criminal, notadamente durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão ou no curso de uma interceptação telefônica. Para tanto, são expostos os panoramas legal, doutrinário e jurisprudencial concernentes ao tema, de modo que, com base no cenário exposto, seja possível concluir pela (im)possibilidade de se admitir como válidas as provas fortuitamente encontradas durante investigações criminais.

## 1. INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que “prova”, de um modo geral, é um dos temas mais relevantes e estudados do Direito Processual Penal. Não

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

menos importante – mas ainda pouco estudada – é a teoria do encontro fortuito de provas. A discussão que se coloca é a seguinte: é possível que uma prova casualmente encontrada no bojo de uma investigação criminal que apura a ocorrência de delito diverso seja considerada válida?

O tema, apesar de relevante, não é objeto de análises aprofundadas por parte dos estudiosos do processo penal. Ainda que abordada sem a atenção que merece, é possível observar que a matéria – até mesmo em razão de não possuir regulamentação legal – é de veras controversa em âmbito doutrinário.

O fato é que encontrar fortuitamente prova relacionada a outro crime durante uma investigação criminal é algo perfeitamente possível – e até provável – de acontecer. Não é por outra razão que os Tribunais Superiores, como será visto, já se depararam diversas vezes com o tema em questão, o que revela a necessidade de um estudo mais detalhado e pormenorizado acerca da matéria.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o objetivo de, após as exposições pertinentes, traçar parâmetros que permitam dizer se provas obtidas nesses moldes serão sempre ilícitas, ou se existem casos em que estas podem ser validamente consideradas.

Para que o objetivo da presente exposição seja atingido, analisar-se-á, num primeiro momento, a prova, incluindo sua conceituação e sua verdadeira função no processo penal. Após, estudar-se-á a inadmissibilidade das provas ilícitas. Posteriormente, o objeto de estudo passa a ser, de forma específica, o encontro fortuito de provas. Nesse ponto, a fim de tornar o estudo mais didático, analisar-se-á, separadamente, a forma pela qual o tema se coloca no âmbito legal, doutrinário e jurisprudencial, chegando-se, assim, à conclusão pela admissibilidade ou não das provas casualmente encontradas no decorrer de uma investigação criminal.

## 2. A PROVA NO PROCESSO PENAL

### 2.1. CONCEITO DE PROVA

Nas palavras de Aury Lopes Jr., o processo penal é “um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”.<sup>2</sup> Destarte, para que o juiz forme seu juízo de convicção acerca de determinado fato, este precisa ser reconstruído. É preciso, pois, reconstituir o passado a fim de que se tenha uma visão aproximada daquilo que efetivamente ocorreu. É neste sentido que surge a importância da prova como instrumento que torna possível esta necessária reconstrução. Nas precisas palavras de Carnelutti, “as provas servem, exatamente, para nos guiar de volta ao passado, na recomposição ou, melhor dizendo, na reconstrução da história”.<sup>3</sup>

Ao longo do tempo, os meios de obtenção de prova no Direito sofreram significativas alterações. O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a previsão de diversas garantias atreladas ao processo penal, tal como a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, que será estudada mais adiante.

O fato é que o tema “prova”, nos moldes atuais, deve ser compreendido como algo indissociável às garantias e direitos fundamentais dispostos constitucionalmente. Daí se dizer que “vedar a admissão, no processo, de qualquer prova que viole os direitos e garantias fundamentais da pessoa é reconhecer o processo penal como um instrumento de proteção desses direitos contra a violência do poder punitivo estatal”.<sup>4</sup>

Assim, é possível asseverar que a prova exerce, no âmbito do processo penal, um papel fundamental, tendo que em vista que é por

2 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 515.

3 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda, 2010. p. 67.

4 PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006. p. 149.

meio da atividade probatória que o juiz forma sua convicção acerca de determinado fato pretérito. Nesse sentido, elucidativas as palavras de Aury Lopes Jr.:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção* do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.<sup>5</sup> (grifo do autor)

Nesse contexto, pode-se, de forma mais objetiva, afirmar que a atividade probatória é “todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”<sup>6</sup>, designando, assim, “o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último (julgador)”<sup>7</sup>.

José Frederico Marques bem salienta que a prova é um elemento instrumental, vale dizer, é um meio que legitima a atuação do Estado-juiz, tendo em vista que é produzida com o objetivo de formar a convicção do magistrado. Nesse sentido, leciona o referido autor que a prova é o

[...] elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.

Com a prova, o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao depois, sua convicção.<sup>8</sup>

5 LOPES JUNIOR, 2009. p. 515-16.

6 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 196.

7 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 269.

8 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol.2. 2. ed. Campinas:

Assim, tomando como base o acima exposto, é possível definir prova como sendo o instrumento – constitucionalmente legitimado – através do qual o juiz forma sua convicção acerca de determinado fato ocorrido no passado.

Superada a questão da conceituação, faz-se necessário avançar no estudo e partir para um tema um tanto quanto mais complexo, consistente na função da prova no âmbito do processo penal.

## 2.2. FUNÇÃO DA PROVA: ATINGIR A VERDADE REAL?

A função da prova é um dos temas mais debatidos pelos estudiosos do processo penal. Discute-se, neste âmbito, a seguinte questão: qual é, verdadeiramente, a função da prova no processo penal?

Diversamente do direito processual civil – que adota o princípio da verdade formal ou processual<sup>9</sup> – o processo penal, ao longo de sua história, atrelou-se ao princípio da verdade real, por meio do qual as provas produzidas devem identificar-se, exatamente, com a realidade dos fatos. Nas palavras de Claus Roxin, o princípio da verdade material, também chamado de princípio da investigação,

[...] supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa (“instruye” por sí mismo) y, en ello, no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso. [...]

[...] El principio de la investigación significa, en particular, lo siguiente: 1. El tribunal no está vinculado por las afirmaciones de las partes del proceso, en especial, por la confesión del acusado; es plenamente libre frente a ella. [...] 3. El tribunal no está limitado por los requerimientos de prueba: puede y debe recurrir de oficio a otros medios de prueba no solicitados ni por la fiscalía ni por el acusado. Esto rige para todas las etapas del procedimiento, para el procedimiento intermedio, para la preparación del juicio oral y, particularmente, para el juicio oral mismo.<sup>10</sup>

Millennium, 2000. p. 330.

9 Entende-se por verdade formal ou processual aquela que pode ser retirada diretamente do conjunto probatório constante nos autos, sendo que o juiz em nada (ou pouco) interfere na produção da prova.

10 ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 99-100.

Talvez o argumento mais sólido utilizado para justificar a adoção do princípio da verdade real é o fato de que cumpre ao direito penal tutelar os bens jurídicos mais valiosos, o que implica, muitas vezes, na privação da liberdade do indivíduo. Assim, a fim de proporcionar maior legitimidade às decisões judiciais proferidas no âmbito criminal, voltou-se o processo penal à liberdade absoluta do magistrado, bem como ao uso de poderes (i)limitados na busca da prova.<sup>11</sup>

Francisco Muñoz Conde, por seu turno, critica o princípio da verdade material, sugerindo a adoção da chamada “verdade forense”, a qual, ao primar pela observância do devido processo legal e de outros direitos próprios de um Estado Democrático de Direito, não necessariamente se identifica com a verdade real. *In verbis*:

[...] el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una “verdad forense” que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho.<sup>12</sup>

[...] El proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido.<sup>13</sup>

11 Com relação à ampla liberdade investigativa do magistrado, Eduardo Emanuel Dall’Agnol de Souza atenta para o fato de que “nos tribunais brasileiros e na maioria da doutrina, quando se diz que a busca processual é pautada pela descoberta da verdade real, e por isso se confere poderes investigativos amplos aos juizes a partir do art. 156 do CPP, pouco se diz sobre a executabilidade dessa proposta. A incongruência mais evidente dessa indefinição é o fato de que, ao mesmo tempo em que se prima pela descoberta de uma verdade incontrovertida a respeito do passado, admite-se uma série de limitações a ela através de regras processuais”. (SOUZA, Eduardo Emanuel Dall’Agnol de. A iniciativa instrutória dos juizes nos crimes contra a ordem econômica. In CÂMARA, Luiz Antônio; GUARAGNI, Fábio André. **Crimes contra a ordem econômica**: temas atuais de processo e direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49).

12 MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad em el proceso penal**. 3.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 115.

13 *Ibid.*, p. 120.

O fato é que, na realidade, o princípio da verdade real justificou, ao longo da história, o cometimento de atrocidades. Não é por outra razão que a busca pela verdade material, como bem destacou Muñoz Conde, encontra-se fortemente atrelada ao sistema inquisitório, caracterizado pela obtenção da prova a qualquer custo. Nesse sentido, é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.<sup>14</sup>

Verifica-se, assim, que a busca pela verdade real serviu, ao longo do tempo, como elemento justificador de inúmeros abusos praticados quando ainda vigia um sistema de feição eminentemente inquisitório. Ocorre que em 1988, com a promulgação de uma Constituição que trouxe consigo os elementos fundantes de um Estado Democrático de Direito, passou-se a adotar o sistema acusatório<sup>15</sup>, o qual assegura a imparcialidade do juiz e, por conseguinte, a plena defesa e o tratamento isonômico entre as partes.

Com efeito, especialmente a partir de 1988, o princípio da verdade material passou a ser discutido de forma mais detida. Isso porque, inegavelmente, a busca pela verdade real se incompatibiliza com o

14 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 346.

15 O art. 129, I, da CRFB/88, ao prever que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, deixou clara a separação entre os órgãos acusatório e julgador. Em que pese tal previsão, não é possível afirmar que, com o advento da CRFB/88, passou-se a adotar um sistema acusatório puro, tendo em vista que se admite, ainda que de forma excepcional, a produção de provas, de ofício, pelo juiz, conforme se verifica da seguinte norma extraída do Código de Processo Penal: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

modelo acusatório, bem como com a máxima efetividade da Constituição. Essa é uma das razões pelas quais Aury Lopes Jr. critica fortemente a verdade real, tratando-a como um verdadeiro mito, originado no sistema inquisitório, que tem como escopo, desde seu surgimento, justificar os atos abusivos praticados pelo Estado. O autor prossegue seu raciocínio sustentando que a expressão “verdade processual” ou “verdade formal”, adotada pelo processo civil, é igualmente inadequada. Para Lopes Jr., o problema está na palavra “verdade”.

Raciocina o autor no sentido de que a reconstrução do passado não é capaz de evidenciar exatamente o que ocorreu. Por meio da instrução probatória, chega-se a algo aproximado do real, porém não exato a este. Isso quer significar que a prova no processo penal tem, verdadeiramente, a função de buscar uma aproximação com a realidade. A prova coloca-se, assim, como um instrumento que possibilita a formação de convicção do juiz, sem, contudo, proporcionar uma certeza absoluta e inabalável. Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

Não se trata de construir, mas de reconstruir um fato passado no presente. Ora, basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade (muito menos real). É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, esquecendo-se que o passado só existe no imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real. Sem falar que a flecha do tempo é irreversível, de modo que o que foi real, num fugaz presente, nunca mais voltará a sê-lo.<sup>16</sup> (grifo do autor)

Para o citado autor, portanto, o processo penal não tem a função de atingir a verdade (nem a real nem a processual), até mesmo porque alcançá-la, como já exposto, muitas vezes é impossível. Na realidade, o juiz, ao se deparar com as mais variadas provas produzidas em determinado processo, proferirá seu juízo de convicção acerca daquilo que ele vê. A decisão, pois, terá como base aquilo que o magistrado,

16 LOPES JUNIOR, 2009, p. 555.

por meio de seu livre convencimento, acreditar ser a verdade.

O trabalho do juiz é, assim, analisar o conjunto probatório produzido nos autos para avaliá-lo e valorá-lo e só então, depois desse juízo de valor, proferir sua decisão com base na sua fé, na sua crença. É até possível que, eventualmente, a decisão judicial corresponda à verdade. Contudo, essa correspondência não é necessária para tornar a sentença legítima. Para tanto, basta a observância ao devido processo legal e aos demais princípios e regras previstos na lei processual penal e na Magna Carta. A verdade, então, corresponde a algo contingencial e não estruturante do processo.<sup>17</sup>

### 2.3. DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS DE FORMA ILÍCITA

Como já exposto, a busca desenfreada pela ilusória “verdade real” foi responsável, no passado, pelo cometimento das mais variadas atrocidades, de modo que era possível, por exemplo, torturar o indivíduo a fim de obter sua confissão. O modelo constitucional inaugurado em 1988 parece ter querido mudar definitivamente este panorama, uma vez que passou a prever diversas garantias a serem observadas pelo Estado.

Desta forma, verifica-se que a busca pela prova possui limites, vale dizer, para que ocorra a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais dispostos constitucionalmente, a produção probatória não pode se dar de modo ilimitado e irrestrito.

Em verdade, o estabelecimento de limites à prova se coloca como uma garantia ao acusado, na medida em que assegura a observância de regras aptas a tutelar os direitos previstos em sede constitucional. Para Ada Pellegrini Grinover, “[...] o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um

17 Ibid., p. 561.

instrumento de garantia para o indivíduo”.<sup>18</sup>

Desse modo, buscando proporcionar maior efetividade às referidas garantias individuais, prevê a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No mesmo sentido, o art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008, dispõe que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Tais previsões, além de revelarem-se como efetivo instrumento de garantia aos indivíduos, também servem como controle dos atos praticados pelo Estado enquanto agente da produção probatória. Nesse sentido, leciona Pacelli de Oliveira:

[...] a vedação das 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. [...] A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.<sup>19</sup>

Ressalte-se, apenas, que a redação conferida pela Lei nº 11.690/2008 ao art. 157 do Código de Processo Penal é passível de críticas, tendo em vista que não faz a necessária diferenciação entre infringência à lei processual e material e, por conseguinte, a separação entre o que se entende por prova ilegítima e prova ilícita. Conforme o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

[...] diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada

18 GRINOVER; Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123.

19 PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p. 357.

por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícitamente obtida.<sup>20</sup>

Tal diferenciação é de extrema importância, tendo em vista que o enquadramento da infringência como sendo à lei material ou processual acarreta consequências diversas. Enquanto a desconformidade à lei material resulta em ilicitude da prova, a contrariedade à lei processual implica em nulidade do ato e sua consequente renovação, conforme preleciona o art. 573 do Código de Processo Penal.<sup>21</sup>

Em que pese a redação do referido dispositivo seja um tanto quanto confusa, mais coerente é entender que a expressão “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” refere-se “apenas às normas materiais, persistindo, porque necessária, a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, tendo o art. 157 se ocupado das provas ilícitas”.<sup>22</sup>

Dentro do campo de discussão ligado à ilicitude da prova, surgem questões mais específicas, relativas a casos particularizados. Dentre essas questões, está o encontro fortuito ou casual de provas, que, em razão de consistir no objeto principal do presente estudo, será analisado de forma pormenorizada no tópico a seguir.

### 3. TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Em meio à investigação criminal, a fim de reunir elementos probatórios suficientes para a instauração de eventual ação penal, é comum o deferimento, por parte do juiz, de medidas cautelares probatórias, notadamente buscas domiciliares e interceptações telefônicas.

Durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão ou a realização de uma interceptação telefônica, é possível que sejam encontradas provas de crime diverso daquele que ensejou o deferimento

20 GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2010. p. 125.

21 Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

22 LOPES JUNIOR, 2009, p. 577-8.

das referidas medidas. É nesse contexto que surge a chamada teoria do encontro fortuito<sup>23</sup> como sendo a situação na qual “[...] a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de *outro crime*” (grifo do autor).<sup>24</sup>

Fala-se, pois, de medida cautelar probatória devidamente autorizada que, no curso da execução, acabou por propiciar a obtenção de provas relacionadas a fatos delituosos diversos. Suponhamos, por exemplo, que determinado juiz autorizou, de forma devidamente fundamentada, uma busca domiciliar no bojo de uma investigação em que se apurava o crime de sonegação fiscal e que, durante o cumprimento da diligência, na tentativa de encontrar provas relacionadas ao dado delito, os policiais encontram substâncias entorpecentes que indicam possível prática do crime de tráfico de drogas. Questiona-se: as substâncias entorpecentes encontradas podem servir como prova do delito de tráfico de drogas, considerando que este até então não era objeto de apuração na investigação criminal? Suponhamos, ainda, que no bojo de uma investigação criminal em que se apura o crime de omissão de recolhimento de contribuição previdenciária, é encontrada arma de fogo de uso permitido em desacordo com a regulamentação legal. Da mesma forma, indaga-se: a arma encontrada pode servir como prova do crime capitulado no art. 12 da Lei 10.826/2003, sendo que este delito não era, até o momento, objeto de investigação?

A questão é controvertida em sede doutrinária e jurisprudencial. É também inegavelmente complexa, exigindo, pois, uma análise detalhada de cada ponto relacionado à matéria. Sendo assim, para que o presente estudo se torne mais didático, analisar-se-ão, separadamente, os panoramas legal, doutrinário e jurisprudencial referentes ao encontro fortuito de provas.

23 Salienta-se, apenas a título elucidativo, que a referida teoria também é tratada pela doutrina e jurisprudência pátrias como teoria do encontro casual de provas, ou, ainda, serendipidade.

24 PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p. 379.

### 3.1. PANORAMA LEGAL

O encontro casual de provas é desprovido, no Brasil, de regulamentação legal. Ao tratar do tema, Pacelli de Oliveira destaca que “a Lei 11.719/08<sup>25</sup>, descendo a detalhes em tema de prova, perdeu boa oportunidade de regulamentar a matéria”.<sup>26</sup>

Antes de adentrar especificamente na análise do ordenamento jurídico brasileiro, cabe, de início, traçar um breve panorama acerca da maneira pela qual outros países tratam o encontro fortuito de provas. Primeiramente, ressalte-se a redação do art. 270 do Código de Processo Penal Italiano, o qual dispõe que

Los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizados en procedimientos diversos de aquéllos en los cuales han sido dispuestas, salvo que resulten indispensables para la averiguación de delitos para los que es obligatorio el arresto en flagrancia

Analisando o dispositivo supracitado, José Maria Ascencio Mellado leciona que a regra geral, na Itália, é que a interceptação telefônica apenas seja utilizada no bojo do processo em que foi decretada, admitindo-se, contudo, de forma excepcional, seu aproveitamento em investigação diversa, desde que a gravidade e a natureza do delito assim o permitam:

[...] La intervención telefónica, como regla general, sólo produce efectos en el seno del proceso en que se decretó y en atención a los hechos allí perseguidos a excepción de una serie de supuestos que por su gravedad o naturaleza permiten el trasvase de la información a otro procedimiento.<sup>27</sup>

Regulando a matéria de modo diverso, o ordenamento jurídico alemão admite a utilização da prova encontrada fortuitamente por

25 A referida lei alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

26 PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p. 379.

27 ASECIO MELLADO, José María. **La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal**: fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la teoría de la prueba prohibida em el proceso penal acusatorio. Lima: Fondo Editorial, 2008. p. 175.

meio de uma interceptação telefônica, desde que o delito casualmente descoberto – tal qual o crime originariamente investigado – esteja previsto no rol dos interceptáveis (contido no §100a do Código de Processo Penal Alemão). Tal fato, nos dizeres de Costa Andrade, significa que “a valoração dos conhecimentos fortuitos só é possível no interior da classe dos crimes do catálogo”.<sup>28</sup> No mesmo sentido, Ascencio Mellado afirma que “los conocimientos que puedan ser obtenidos de forma casual no han de poder ser utilizados si no están en conexión con los hechos recogidos en el catálogo correspondiente”.<sup>29</sup>

Em relação ao direito espanhol, em que pese a inexistência de tratamento específico no que diz respeito ao encontro fortuito de provas, Ascencio Mellado entende que

[...] únicamente deberá, ser susceptible de utilización aquella información que sea consecuencia directa de lo que en su momento constituyó el contenido de la resolución judicial que ordenó la intromisión en relación con el objeto de la investigación y el sujeto de la misma. [...] siempre dentro del delito objeto del proceso, sería posible la persecución penal de aquellas personas que a resultas de las audiciones devinieran de alguna manera copartícipes de dicho delito.<sup>30</sup>

Relativamente a Portugal, Costa Andrade estabelece como requisitos autorizadores da admissão das provas casualmente encontradas: (a) a previsão do delito no rol do art. 187 do Código de Processo Penal Português; (b) a presença de elementos que justifiquem o que o autor denomina de “estado de necessidade investigatório”; (c) no caso específico de associação criminosa, a ligação entre a prova encontrada de forma fortuita e os atos criminosos perpetrados pela associação.<sup>31</sup>

Superada a análise do direito comparado, cabe agora adentrar

28 ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 310.

29 ASCENCIO MELLADO, op. cit., p. 173.

30 Ibid., p. 175.

31 ANDRADE, 2006, p. 312.

especificamente nas disposições legais brasileiras atinentes ao tema ora estudado. Nota-se que, embora não haja previsão específica acerca da matéria no Brasil, devem ser pontuados alguns dispositivos presentes no ordenamento jurídico, importantes para o exame da questão relativa às provas casualmente obtidas.

Conforme já exposto, a possibilidade de descoberta fortuita de provas durante investigações criminais se dá, notadamente, quando do cumprimento de mandados de busca e apreensão ou durante interceptações telefônicas.

Em relação aos mandados de busca e apreensão<sup>32</sup>, tem-se que o art. 243 do Código de Processo Penal determina a observância de determinados limites formais para a sua legítima expedição:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

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

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

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

Com o objetivo de estabelecer instruções sobre a execução de diligências da Polícia Federal para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão, o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 1.287, de 30 de junho de 2005, a qual, no parágrafo único do seu artigo 1º, dispõe que “a representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender”.

Da análise dos dispositivos acima expostos, verifica-se que existe

32 Conforme o entendimento de Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, “[...] a busca e apreensão não é prova, pois por si só nada demonstra, mas sim medida cautelar de natureza criminal visando a assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova. Vale dizer, a finalidade é acautelatória, e consiste em assegurar não só a existência de uma prova criminal, como também evitar seu perecimento”. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 270).



uma preocupação em regulamentar a questão dos mandados de busca, evidentemente com o fim de evitar abusos, tanto por parte dos magistrados que determinam a medida, quanto por parte dos policiais que a cumprem.

Tal preocupação justifica-se plenamente, tendo em vista que a possibilidade de adentrar na casa do indivíduo com o intuito de buscar provas mitiga princípios fundamentais previstos constitucionalmente, sobretudo o da inviolabilidade de domicílio, sendo também flexibilizados o direito à intimidade e privacidade.

O deferimento da medida deve ter caráter excepcional<sup>33</sup>, conforme a redação do próprio art. 5º, inciso XI, da Constituição da República, o qual dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Observa-se da referida norma constitucional que, ressaltados os casos de consentimento do morador, desastre, prestação de socorro ou flagrante delito, a entrada no domicílio<sup>34</sup> somente pode se dar durante o dia e mediante determinação judicial.

O que importa tratar no momento – e que se relaciona diretamente com o estudo do encontro fortuito de provas, conforme será visto mais adiante – é o fato de que a decisão judicial que autoriza a busca e apreensão domiciliar deve, conforme os preceitos legais e constitucionais, “[...] ser muito bem fundamentada, apontando os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que

33 Daí se falar que “[...] somente quando fundadas razões, quanto à urgência e à necessidade da medida, estiverem presentes, é que se poderá conceder a busca e apreensão”. (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010. p. 451)

34 L.G Grandinetti Castanho de Carvalho entende que mais correto seria o emprego da palavra “casa”, visto que é mais abrangente. Segundo o autor, “a proteção constitucional abrange não só o domicílio, no sentido que lhe dá o Direito Civil, mas também, qualquer espaço que não seja destinado ao público como o escritório, a empresa, o estabelecimento de cultura, recreio ou diversão, no momento em que cerrem as portas e não mais sejam acessíveis ao público, [...]”. (CARVALHO, L.G Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 89-90.

amparam a decisão”.<sup>35</sup> Ressalte-se, aliás, que, antes de ser bem fundamentada, a busca e apreensão deve se revelar como indispensável à investigação criminal, porquanto é uma medida cautelar que mitiga direitos assegurados constitucionalmente. Daí se dizer que “a utilização de uma cautelar pessoal de busca e apreensão, violadora da intimidade e da privacidade de um cidadão fica, então, adstrita à literal imprescindibilidade do ato para os fins da persecução penal”.<sup>36</sup>

Do mesmo modo em que há previsão constitucional assegurando a inviolabilidade de domicílio, há igualmente a garantia ao sigilo das comunicações. Tal proteção também não é absoluta, tendo em vista que a Magna Carta, ao mesmo tempo em que prevê a inviolabilidade dos dados telefônicos, ressalva a possibilidade de mitigação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.<sup>37</sup>

A Lei nº 9.296/96, que regulamenta o art. 5º, inciso XII, parte final, da CRFB/88, prevê a imprescindibilidade de fundamentação da decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica, sob pena de nulidade da medida<sup>38</sup>. Além disso, elenca, em seu art. 2º, hipóteses nas quais não se admitirá a interceptação telefônica:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo,

35 LOPES JUNIOR, 2009, p. 695.

36 BARICHELLO, Tito Lívio. **A busca e apreensão domiciliar no processo penal e os crimes contra a ordem econômica**. In Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 23, n.7, 2009, p.204. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/94/70> >. Acesso em: 22 maio 2013.

37 O art. 5º, inciso XII, da CRFB/88 dispõe que: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

38 A necessidade de fundamentação da decisão que autoriza a interceptação telefônica está prevista no art. 5º da Lei nº 9.296/96, que assim dispõe: “a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

*A contrariu sensu*, a interpretação do referido dispositivo demonstra que, para ser válida a medida que determina a quebra do sigilo telefônico, deve haver: (a) indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal; (b) impossibilidade de obtenção da prova por outros meios; (c) crime punido com pena de reclusão; (d) descrição clara do objeto da investigação, ressalvados os casos de manifesta impossibilidade.

Feitas essas observações, é possível constatar que as previsões legais que tratam da busca e apreensão e da interceptação telefônica, pelo menos à primeira vista, afastam a possibilidade de se admitir a validade das provas obtidas fortuitamente. Os textos legais, ao preverem a necessidade de especificação dos objetos ou documentos a serem apreendidos em busca domiciliar, ou, ainda, ao disporem que a decisão judicial autorizativa da interceptação telefônica deve ser “fundamentada, visando pessoa certa e fatos determinados que estão ou serão objetos de investigação”<sup>39</sup>, obstam, a princípio, o reconhecimento de licitude das provas relacionadas a crime diverso.

Em se tratando de interceptação telefônica, há ainda a impossibilidade, conforme interpretação legal, de se admitir a validade da prova descoberta casualmente relacionada a crime punido com pena de detenção.

O fato é que todos os dispositivos expostos, apesar de se relacionarem ao estudo da teoria do encontro fortuito de provas, não são suficientes para seu exame, tendo em vista que nenhum deles se ocupou de tratar especificamente a respeito da matéria. Sendo

39 ARANHA, 2006, p. 294.

assim, surgem questões doutrinárias e jurisprudenciais deveras pertinentes, as quais serão tratadas a seguir.

### 3.2. PANORAMA DOUTRINÁRIO

Como visto no tópico anterior, o encontro fortuito de provas prescinde de previsão legal no Brasil. Esta falta de regulamentação, por óbvio, aumenta a divergência doutrinária acerca do tema. Existem, como será exposto a seguir, posicionamentos bastante opostos.

Para Camargo Aranha<sup>40</sup>, a prova obtida de forma fortuita não poderá ser, em nenhuma hipótese, considerada válida. Do contrário, haveria violação à decisão judicial que autorizou a medida. Ao tratar especificamente acerca da prova obtida de forma fortuita no bojo de interceptação telefônica, o autor assevera que caso esta fosse considerada válida,

[...] estar-se-ia usando indiscriminadamente de uma autorização judicial, fora de seus limites balizadores e fugindo-se do fundamento apresentado para o uso de um meio de exceção, como é indiscutivelmente a interceptação telefônica. A prova obtida pela interceptação deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu como base para a autorização judicial. Fora de tal hipótese, estar-se-ia usando de uma prova ilícita quanto ao modo em que colhida, porque fugiu dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como tal, serviu de base à autorização judicial concedida. Estar-se-ia burlando a própria fundamentação da autorização judicial.

Aury Lopes Jr., ao tratar do tema, reforça a ideia de excepcionalidade e vinculação de medidas que restringem direitos fundamentais dispostos constitucionalmente, tais como a inviolabilidade, intimidade e privacidade. Por tal razão, entende que eventual excesso no cumprimento de alguma medida regularmente autorizada judicialmente é inadmissível. Do contrário, estar-se-ia operando no campo denominado pelo próprio autor como o do “substancialismo

40 Ibid., p. 295.

inquisitorial”, o que implica, forçosamente, no afastamento de um processo penal acusatório e democrático.

O jurista gaúcho considera igualmente inadmissível que a prova obtida por meio de uma medida restritiva de direitos fundamentais seja utilizada contra terceiros, vale dizer, contra alguém que inicialmente não era considerado investigado.

Contudo, ressalta o doutrinador que a prova obtida de modo casual pode servir como *notitia criminis*, ou seja, como fonte de prova para dar início a uma nova investigação. Sendo assim, não se nega

[...] a possibilidade de que a prova obtida a partir do desvio causal, sirva como *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.<sup>41</sup> (grifo do autor)

Alguns autores entendem que para validar uma prova obtida fortuitamente, faz-se necessário observar se o crime descoberto casualmente guarda conexão com o delito originariamente investigado. Nesse sentido é o entendimento de Antonio Scarance Fernandes:

Em princípio, haverá ilicitude por desvio do objeto da interceptação ou da busca, mas nem toda prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita e, por isso, inadmissível. O critério para afirmação da licitude deve ser o da existência de nexos entre o crime descoberto e o investigado.<sup>42</sup>

Fábio Motta Lopes, ao tratar especificamente da prova obtida fortuitamente quando do cumprimento de um mandado de busca e apreensão, considera imprescindível a existência de associação entre as provas encontradas e o objeto da determinação judicial:

É necessário que exista relação entre aquilo que o magistrado

41 LOPES JUNIOR, 2009. p. 572-3.

42 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 98.

determinou que se buscasse com as coisas que foram, de fato, encontradas. Do contrário, se a localização casual de objetos estiver dissociada do contexto que originou a busca, a prova deverá ser classificada como ilícita, sob pena de se admitir que a simples emissão de um mandado judicial autorizaria [...] uma ampla devassa no interior da residência, permitindo a apreensão de tudo que fosse encontrado pela frente.<sup>43</sup>

Na mesma linha, posicionam-se Luiz Antônio Câmara e Jorge Sebastião Filho. Entendem os mencionados autores que a inexistência de conexão resulta na possibilidade de os elementos probatórios encontrados casualmente servirem apenas como *starter* de outra investigação:

[...] somente podem ser consideradas lícitas as provas obtidas com estrita vinculação ao objeto e sujeitos determinados na decisão que autoriza a busca e apreensão ou interceptação telefônica.

Havendo encontro fortuito de outros fatos ou sujeitos, ou desvio da vinculação causal, somente poderão ser aproveitadas as provas obtidas com relação a fatos “conexos” (conexão ou continência) com a situação fática objeto das medidas. Tratando-se de fatos não conexos ou de terceiros não relacionados com o fato originário, os elementos probatórios servirão como *notitia criminis* para novas investigações, observando-se os demais requisitos autorizadores das medidas cautelares.<sup>44</sup>

Assim, é possível verificar que considerável parcela dos autores entende que “[...] si los hallazgos casuales permiten inferir la existencia de un nuevo delito conexo al hecho investigado e imputable al sujeto pasivo de la diligencia, no existe impedimento alguno em su posterior valoración”.<sup>45</sup>

43 LOPES, Fábio Motta. **O encontro fortuito de provas durante buscas domiciliares**. Disponível em: <<http://www.asdep.com.br/principal.php?id=artigos&cod=255>>. Acesso em: 10 set 2012.

44 CÂMARA, Luiz Antonio. SEBASTIÃO FILHO, Jorge. **Encontro fortuito da prova: considerações sobre a incidência de cautelas probatórias nos crimes contra a ordem econômica**. In Revista Jurídica Unicuritiba. vol. 01, n.28, 2012. Disponível em:< <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/423/328>>. Acesso em: 23 maio 2013.

45 TAPIA, Juan F. **Descubrimientos accidentales em el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales? O “causales”?**. In Revista Del Derecho Penal. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales,

Oportuno, nesse contexto, tratar da ressalva que faz Aury Lopes Jr. acerca da conexão como elemento que torna válida a prova obtida de maneira fortuita. O questionamento gira em torno do que se entende como “crime conexo” em matéria de prova. Sabe-se que os incisos do art. 76 do Código de Processo Penal<sup>46</sup> são deveras abrangentes, razão pela qual abrem possibilidade para as mais variadas hipóteses que acarretarão a reunião dos feitos.

Assim, entende o autor que em se tratando de encontro casual de provas, as regras de conexão são admissíveis desde que sejam entendidas de maneira restritiva, de modo a evitar o “substancialismo inquisitório e as investigações genéricas, verdadeiros ‘arrastões’ sem qualquer vinculação com a causa que os originou”.<sup>47</sup>

Eugênio Pacelli de Oliveira discorda do entendimento segundo o qual a conexão é o ponto determinante na (in)validação da prova fortuita. O autor não nega a possibilidade de que provas casualmente encontradas sejam consideradas lícitas, porém pondera que a teoria do encontro fortuito não pode servir como elemento autorizador ao cometimento de ilegalidades e abusos por parte das autoridades. Devem, assim, ser observados determinados parâmetros condizentes com a razoabilidade. A título de exemplificação, imagine-se que policiais, ao cumprirem mandado de busca e apreensão que tem como objeto animais silvestres, revirem gavetas ou armários. Tal ação policial, por óbvio, fugiria dos limites da razoabilidade, uma vez que assim agindo, os policiais estariam, flagrantemente, procurando algo fora dos parâmetros impostos pela determinação judicial.<sup>48</sup>

2002-2, p. 683.

46 Art. 76. A competência será determinada pela conexão:  
I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;  
II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;  
III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

47 LOPES JUNIOR, 2009, p. 574.

48 PACELI DE OLIVEIRA, p. 379-80.

Ressalvados os casos caracterizadores da prática de abuso de autoridade, entende Pacelli que, uma vez mitigados direitos fundamentais por meio de decisão judicial fundamentada, não haveria razão para que as provas casualmente encontradas fossem recusadas. Do contrário, em havendo a descoberta de crime diverso durante uma interceptação telefônica, indagar-se-ia: “se até as conversações mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais?”.<sup>49</sup>

Como última posição doutrinária a ser aqui exposta, tem-se aquela que considera que a inexistência de conexão ou a falta de identidade entre o autor do fato casualmente descoberto e o do objeto da determinação judicial não representam óbice à validação da prova fortuita. Denilson Feitoza, como se vê, adota tal entendimento:

[...] se o fato delitivo diverso foi descoberto fortuitamente, mas durante interceptação judicialmente autorizada, não vemos por que não possa ser utilizada a prova quanto à outra infração penal, independentemente da espécie de pena, uma vez que a finalidade de utilização em investigação criminal ou instrução processual penal estará sendo satisfeita. Também não importa se o fato é conexo ou não, ou se o autor ou partícipe desse outro fato delitivo é o mesmo do fato objeto da interceptação, [...].<sup>50</sup>

Paulo Rangel, nesse mesmo sentido, salienta que a consideração da prova fortuita como ilícita significaria o mesmo que entender que do lícito advém o ilícito. Segundo as palavras do próprio autor, se “a interceptação foi realizada nos estritos limites da lei, o que dela advier deve ser considerado como consequência do respeito à ordem jurídica e a aceitação é em prol da sua manutenção”.<sup>51</sup>

Feitas essas considerações, é possível constatar que, em sede

49 PACELLI DE OLIVEIRA, loc. cit.

50 FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria crítica e práxis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 792.

51 RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. **Interceptação telefônica**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, n. 26, p. 143-151, abr./jun. 1999.

doutrinária, ainda é grande a divergência em relação à (i)licitude da prova obtida de maneira fortuita. Em contrapartida, verificar-se-á no tópico a seguir que o entendimento dos Tribunais, embora não possa ser considerado pacificado, parece estar caminhando em direção a um sentido mais uníssono.

### 3.3. PANORAMA JURISPRUDENCIAL

Neste tópico, procurar-se-á expor alguns dos julgados mais importantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça relativos ao encontro fortuito de provas, para que, dessa forma, seja possível obter um panorama acerca da forma como os Tribunais Superiores tratam o tema.

Como visto no item relativo ao panorama legal, o mandado de busca e apreensão, com o fim de evitar abusos por parte das autoridades, deve ser fundamentado e trazer em seu conteúdo a indicação dos objetos a serem buscados. Ocorre que, como já salientado anteriormente, a descrição minuciosa de todos os objetos ou documentos se revela uma prática por vezes inviável, uma vez que não é possível prever exatamente o que será encontrado durante as buscas domiciliares. O Ministro Jorge Mussi, em julgado por ele relatado, concluiu o que se segue:

Não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer exigência de que a manifestação judicial que defere a cautelar de busca e apreensão esmiúce quais documentos ou objetos devam ser coletados, até mesmo porque tal pormenorização só é possível de ser implementada após a verificação do que foi encontrado no local em que cumprida a medida, [...].<sup>52</sup>

Outra questão já tratada neste trabalho foi aquela referente à Lei 9.296/96, que, em seu art. 2º, III, prevê que a interceptação de comunicações telefônicas só poderá ser admitida quando o fato

52 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 142.205. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 04.11.2010. DJe de 13.12.2010.

investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão. Assim, discute-se a possibilidade de se admitir uma prova casualmente obtida, durante regular interceptação telefônica, que guarde relação com crime punido com pena de detenção. O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o tema, já decidiu que a prova obtida nesses moldes é válida. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, **considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.** 2. Agravo Regimental desprovido. <sup>53</sup> (grifo nosso).

Saliente-se que, em 2005, o Supremo Tribunal Federal já enfrentara o tema, entendendo a questão da mesma forma, porém ressalvando que o crime descoberto, punido com pena de detenção, deve ser conexo com aquele(s) que ensejou(aram) a autorização de interceptação telefônica:

*HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. [...]. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. [...] 5. **Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas 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*

53 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 626.214/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 21.09.2010. DJe de 08.10.2010.

*corpus* indeferido.<sup>54</sup> (grifo nosso).

Vê-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal despreza, relativamente a encontros fortuitos decorrentes de interceptação telefônica, que o crime casualmente descoberto seja punido com pena de detenção. O que importa, conforme o entendimento da Suprema Corte Brasileira, é que haja conexão entre a infração penal inicialmente investigada e aquela descoberta fortuitamente. A propósito, tal entendimento, como visto, confronta com a opinião dominante na Alemanha, segundo a qual a prova obtida de forma fortuita somente será válida quando o crime descoberto constar do catálogo, vale dizer, quando estiver no rol dos interceptáveis.<sup>55</sup>

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal denegou mandado de segurança impetrado por juíza de direito que requeria declaração de nulidade de decisão do Conselho Nacional de Justiça, a qual determinava a instauração de processo administrativo contra juízes, desembargadores e servidores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A impetrante alegou que a decisão impugnada baseava-se em escutas telefônicas autorizadas no bojo de inquérito instaurado para investigar fatos diversos. Porém, a Corte Suprema entendeu que o CNJ não poderia deixar de apurar o fato descoberto em razão de este não consistir no objeto original da investigação:

[...] reputou-se não ser razoável que o CNJ deixasse de apurar esses fatos apenas porque o objeto da citada investigação criminal seria diferente das supostas irregularidades imputadas à impetrante. Discorreu-se, ademais, não poder o Judiciário, do qual o CNJ seria órgão, omitir-se no tocante à averiguação de eventuais fatos graves que dissessem respeito à conduta de seus magistrados, ainda que colhidos via interceptação de comunicações telefônicas judicialmente autorizada em inquérito instaurado com o fito de investigar outras pessoas e fatos diversos.<sup>56</sup>

54 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.515/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 16.09.2004. DJe de 04.03.2005.

55 Em relação ao entendimento alemão, veja-se ANDRADE, 2006, p. 307-11.

56 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 28.003/DF. Red. p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08.02.2012. DJe de 31.05.2012.

No ano seguinte, a Ministra Eliana Calmon, ao relatar a Ação Penal nº 536/BA, exarou entendimento no sentido de que em havendo encontro fortuito de provas, não é necessário que se demonstre a existência de conexão entre os crimes até então objeto de investigação e aqueles descobertos. No caso, o denunciado em razão das provas obtidas durante a “Operação Navalha” sustentou a nulidade das provas colhidas, tendo em vista a inexistência de conexão entre os delitos inicialmente investigados e aqueles posteriormente descobertos. Alegou que os crimes investigados durante a “Operação Octopus” – coordenada pela Procuradoria da República do Estado da Bahia e pela Polícia Federal da Bahia que visava a elucidação de uma série de crimes praticados por empresários conhecidos como “G-8” – não guardavam conexão com os delitos apurados na “Operação Navalha”, a qual foi iniciada a partir de elementos probatórios colhidos durante a primeira operação e que investigou a prática de delitos que objetivavam o auferimento de vantagens indevidas por meio da realização de obras públicas em vários Estados do Brasil.

A Ministra rechaçou a tese aventada, entendendo que, embora os crimes investigados no bojo da segunda operação não guardassem conexão com os originalmente investigados tampouco fossem praticados pelas mesmas pessoas, as provas que embasaram a denúncia são válidas, porquanto obtidas no bojo de interceptação telefônica legalmente autorizada:

PENAL E PROCESSUAL PENAL—AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA—DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E OUTROS 16 (DEZESSEIS) ACUSADOS – [...] 7. Havendo encontro fortuito de notícia da prática de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto. Precedentes.<sup>57</sup>

Caso de grande repercussão na mídia nacional é o que apurou o

57 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 536/BA. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgado em 15.03.2013. DJe de 04.04.2013.

envolvimento do então Senador Demóstenes Torres no esquema de corrupção e exploração de jogos ilegais liderado pelo empresário Carlinhos Cachoeira. A discussão girava em torno do fato de que Demóstenes não era, inicialmente, investigado na Operação Monte Carlo, conduzida pelo Ministério Público Federal de Goiás e pela Polícia Federal do Distrito Federal. Seu envolvimento com os fatos foi descoberto por meio de escutas telefônicas devidamente autorizadas durante a investigação, mas que tinham como objeto pessoas diversas.

Assim, surgiu a discussão acerca da licitude das provas que incriminam o ex-Senador, não só porque ele não era até então investigado na referida Operação, mas também porque, à época, na qualidade de membro do Congresso Nacional, gozava de prerrogativa de foro, o que implicaria na competência do Supremo Tribunal Federal – e não do Juiz Federal – para autorizar as interceptações. Sob este argumento, dentre outros, a defesa de Demóstenes alegou a ilicitude das provas colhidas em desfavor do ex-parlamentar:

67. Por essa razão, se o início da investigação foi legítimo, o seu desenvolvimento violou claramente o princípio constitucional do Juiz Natural. Se a decisão originária que possibilitou a descoberta de elementos indiciários fortuitos foi lícita, as sucessivas foram marcadamente ilegais. A imponderabilidade pressuposta na decisão originária acabou no momento em que os relatórios de inteligência da polícia indicaram a participação nos fatos de pessoas que deveriam ser submetidos a Juízos Naturais diversos.<sup>58</sup>

O caso em questão, dada sua repercussão, trouxe ainda mais à tona a discussão acerca da (i)licitude das provas obtidas de modo fortuito. Mais especificamente, levantou a discussão acerca da validade de provas assim produzidas em desfavor de quem goza de prerrogativa de foro. Enquanto que, de um lado, entende-se que a prova só poderia dar início a outra investigação caso tivesse sido autorizada

58 A íntegra da defesa de Demóstenes Torres, apresentada perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, pode ser visualizada em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/veja-a-integra-da-defesa-de-demostenes/>>.

perante o Juízo competente, de outro tem-se como infundada a alegação de incompetência do juiz em razão de que a investigação, inicialmente, incidia sobre pessoas desprovidas de tal prerrogativa. Nesse sentido, cabe citar o entendimento do Procurador Regional da República Alexandre Camanho de Assis, que assim se manifestou acerca do Caso Demóstenes:

[...] Se a investigação dirigia-se a pessoa sem foro e, ocasionalmente, chegou-se a alguém com tal prerrogativa, esses elementos colhidos são aptos a autorizar o início de uma nova investigação, promovida, agora, pelo órgão competente para processar a autoridade supostamente envolvida.<sup>59</sup>

O caso mais recente e, sem dúvidas, de maior repercussão midiática da atualidade é a Operação Lava Jato. Trata-se da maior investigação sobre corrupção conduzida até hoje no país. Na medida em que as investigações avançaram, descobriu-se um vasto esquema de corrupção na Petrobras envolvendo grandes empreiteiras e vários políticos. Foram, também, firmados inúmeros acordos de delação premiada e por meio deles foi possível encontrar provas relativas a crimes cometidos para além do âmbito da Petrobras.

Um desses supostos delitos descobertos em razão dos referidos acordos de colaboração – considerados, assim como a busca e apreensão e a interceptação telefônica, meio de obtenção de prova – foi o envolvimento da Senadora da República Gleisi Helena Hofmann na prática de ilícito penal, consistente no recebimento de valores de natureza criminosa por intermédio de escritório de advocacia de Curitiba.

Invocando a teoria do encontro fortuito de provas, o Ministro Dias Toffoli entendeu que o Juiz Sergio Moro – titular da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Paraná e responsável pela condução dos processos da Lava Jato – não seria competente para

59 ASSIS, Alexandre Camanho de. **Encontro fortuito de provas em interceptação telefônica**. Disponível em: <[http://www.anpr.org.br/index.php?option=com\\_noticias&view=destaque&id=2172](http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_noticias&view=destaque&id=2172)> Acesso em: 01 outubro 2012.

conduzir o feito, razão pela qual determinou seu desmembramento a fim de que a investigação em relação à Senadora prosseguisse perante a Suprema Corte e a relativa aos demais investigados fosse remetida à Seção Judiciária Federal do Estado de São Paulo para livre distribuição. Isso porque considerou o Relator que o encontro fortuito de provas não tem o condão de firmar prevenção. Transcreve-se abaixo trecho do voto:

Sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, é possível que o agente colaborador traga informações (declarações, documentos, indicação de fontes de prova) a respeito de crimes que não tenham relação alguma com aqueles que, primariamente, sejam objeto da investigação. **Esses elementos informativos (art. 155, CPP) sobre crimes outros, sem conexão com a investigação primária, a meu sentir, devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.**

[...]

De toda sorte, **ainda que válidos os elementos de informação trazidos pelo colaborador, relativamente a outros crimes que não sejam objeto da investigação matriz, há que se ressaltar que o acordo de colaboração, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência.** Vale dizer: ainda que o agente colaborador aponte a existência de outros crimes e que o juízo perante o qual foram prestados seus depoimentos ou apresentadas as provas que corroborem suas declarações ordene a realização de diligências (interceptação telefônica, busca e apreensão etc.) para sua apuração, esses fatos, por si só, não firmam sua prevenção.<sup>60</sup> (grifo nosso).

Diante das decisões apresentadas, é possível notar que a jurisprudência pátria tem enfrentado diversas questões no tocante ao tema do encontro fortuito de provas. Diferentemente dos posicionamentos doutrinários – que, como visto alhures, apresentam grandes

<sup>60</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.130/PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 23.09.2015. DJe de 01.10.2015.

divergências – os Tribunais Superiores têm se mostrado favoráveis à possibilidade de admissão da prova casualmente obtida no curso de uma investigação criminal.

#### 4. CONCLUSÃO

1. O encontro casual de provas padece de regulamentação legal no Brasil e, embora seja um tema controvertido em sede doutrinária, a jurisprudência brasileira parece estar adotando um entendimento cada vez mais convergente.
2. O fato de a prova ter sido fortuitamente encontrada não pode servir, por si só, como fator apto a invalidá-la.
3. Não se nega que a decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica ou a busca e apreensão deva ser fundamentada, de modo a especificar, na medida do possível, o que se pretende encontrar ou ouvir. Trata-se de medidas excepcionais, que, por violarem a vida privada do indivíduo, devem ser utilizadas como *ultima ratio*.
4. Uma vez encontradas provas da ocorrência de um delito, o Estado – seja ele representado pela pessoa do juiz ou da polícia – tem o dever de agir e de apurar a suposta infração cometida. Não é possível a inércia estatal diante da prática de crimes, razão pela qual há o dever de apurar e, se comprovadas a materialidade e a autoria do delito, de punir o responsável pelo ilícito.
5. A prova obtida casualmente durante uma investigação criminal, seja ou não conexa com o crime originariamente investigado, não pode ser ignorada pelo simples fato de ser sido assim descoberta.
6. O critério da conexão não qualifica a prova fortuita como lícita ou ilícita, mas sim serve como elemento que definirá se a prova assim colhida será “a prova” ou “uma fonte de prova”.
7. Os elementos probatórios do crime descoberto, se guardarem conexão com o delito originariamente investigado, servirão como



prova naquela mesma investigação, ao passo que se a prova obtida estiver relacionada a crime não conexo, servirá apenas como *notitia criminis*, de modo a justificar a instauração de uma nova persecução penal.

8. A análise da (i)licitude da prova descoberta fortuitamente – notadamente durante o cumprimento de uma busca e apreensão – deve se pautar sempre pelo critério da razoabilidade, de maneira a evitar eventuais abusos por parte do Estado.

9. Para verificar se o critério da razoabilidade foi, de fato, observado, deve ser realizada uma análise cuidadosa e particularizada de cada caso concreto. Se tal análise demonstrar que, naquele caso específico, tal critério não foi observado, a prova fortuitamente encontrada não só pode como deve ser invalidada. Do contrário, estar-se-ia atestando que a busca pela prova no processo penal legitima um poder estatal irrestrito e ilimitado.

10. Nada impede que uma prova obtida no curso de uma interceptação telefônica – relacionada a delito punido com pena de detenção – seja considerada lícita.

11. A prova obtida no curso de uma interceptação telefônica devidamente autorizada em desfavor de pessoa detentora de prerrogativa de foro que não era originariamente investigada serve como elemento a justificar a instauração de uma nova investigação perante a autoridade competente.

## 5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASENCIO MELLADO, José María. **La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal**: fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para

la aplicación de la teoría de la prueba prohibida em el proceso penal acusatorio. Lima: Fondo Editorial, 2008.

ASSIS, Alexandre Camanho de. **Encontro fortuito de provas em interceptação telefônica**. Disponível em: < [http://www.anpr.org.br/index.php?option=com\\_noticias&view=destaque&id=2172](http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_noticias&view=destaque&id=2172) > Acesso em: 01 outubro 2012.

BARICHELLO, Tito Lívio. **A busca e apreensão domiciliar no processo penal e os crimes contra a ordem econômica**. In Revista Jurídica Unicuritiba. vol. 23, n.7, 2009. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/94/70> >. Acesso em: 22 maio 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 536/BA. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgado em 15.03.2013. DJe de 04.04.2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 142.205. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 04.11.2010. DJe de 13.12.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 626.214/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 21.09.2010. DJe de 08.10.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.515/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 16.09.2004. DJe de 04.03.2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.130/PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 23.09.2015. DJe de 01.10.2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 28.003/DF. Red. p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08.02.2012. DJe de 31.05.2012.

CÂMARA, Luiz Antonio. SEBASTIÃO FILHO, Jorge. **Encontro fortuito da prova: considerações sobre a incidência de cautelas probatórias nos crimes contra a ordem econômica**. In Revista Jurídica Unicuritiba. vol. 01, n.28, 2012. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/423/328> >. Acesso em: 23 maio 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda, 2010.

CARVALHO, L.G Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria crítica e práxis**. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER; Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. V. II.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad em el proceso penal**. 3.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9.296/96**. Interceptação telefônica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 26, p. 143-151, abr./jun. 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SOUZA, Eduardo Emanoel Dall'Agnol de. A iniciativa instrutória dos juízes nos crimes contra a ordem econômica. In CÂMARA, Luiz Antônio; GUARAGNI, Fábio André. **Crimes contra a ordem econômica: temas atuais de processo e direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

TAPIA, Juan F. **Descubrimientos accidentales en el curso de um registro domiciliário o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales? O "causales"?**. In Revista Del Derecho Penal. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002-2.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

## Capítulo 9

# A NECESSIDADE DO PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Stephanie Carolyn Perez<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como proposta analisar a questão referente à necessidade do prévio exaurimento da via administrativa antes do ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária. Para tanto, será analisada de forma crítica, a aplicação da norma jurídica penal tributária, a partir de uma análise sistemática do artigo 83 da Lei nº 9.430/96. A seguir, será analisado o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o *Habeas Corpus* nº 81.611-8, sedimentou seu entendimento sobre a questão, servindo este julgamento como importante precedente aos demais.

## 1. INTRODUÇÃO

A questão referente à necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a ordem tributária tem sido, até hoje, objeto de grande discussão entre os operadores do Direito, muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha sedimentado seu entendimento a respeito do tema.

A discussão ganhou destaque com a publicação da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que em seu artigo 83 exigiu “*decisão final*”

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.