

## **A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO OBTIDA ATRAVÉS DE ESCUTAS TELEFÔNICAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

### **THE ILLICIT PROOF BY DERIVATION OBTAINED THROUGH TELEPHONE LISTINGS IN THE BRAZILIAN PENAL PROCESS**

**Carolina Godoi de Faria Marques \***

**Daniely Rosa Lana Araújo \*\***

**José Boanerges Meira \*\*\***

#### **Resumo**

O presente artigo buscou analisar a prova ilícita por derivação obtidas por escutas telefônicas no Processo Penal Brasileiro. Assim, essa temática que permeia o campo da licitude de uma prova, principalmente as obtidas através de escutas telefônicas, fazem com que a investigação se faça necessária. Tal análise sempre permeará na busca de uma justificativa em utilizá-la ou não, e os limites impostos a essa prova, para que não haja sua contaminação. Para tanto, buscou-se com o tema definir a prova ilícita, demonstrar a evolução desse instituto no Brasil, bem como o tratamento que a constituição federal de 88, as doutrinas brasileiras e as jurisprudências concedem a esse assunto, através de seus julgados.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Escutas Telefônicas. Constituição Federal de 88.

#### **Abstract**

The present article sought to analyze the illicit evidence by derivation obtained by telephone tapping in the Brazilian Penal process. Thus, this theme permeates the field of the lawfulness of a test, especially those obtained through wiretaps that makes the investigation necessary. Such analysis will always permeate the search for a justification in using it or not and the limits that are imposed on this evidence so that there is no contamination. To this end, we sought to define the illicit evidence, demonstrate the evolution of this institute in Brazil, as well as the treatment that the federal Constitution of 88, the Brazilian doctrines and jurisprudence give to this subject through their judgments.

**Keywords:** illicit evidence. Phone taps. Federal Constitution of 88

---

Artigo submetido em 16 de Agosto de 2018 e aprovado em 25 de Setembro de 2018.

\* Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 9º Período – Tarde. Email: carol.godoi@outlook.com.br

\*\* Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 9º Período – Tarde. Email: danielylana@yahoo.com.br

\*\*\* Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: jboanergesmeira@hotmail.com

## **1 INTRODUÇÃO**

A prova derivada obtida por meio de escutas telefônicas vem se transformando nos últimos anos, principalmente dada à recorrente utilização desse instituto para investigação de cunho político. O termo de prova ilícita por derivação compõe a definição de prova obtida lícitamente, contudo, essa vem derivada de forma direta ou, indiretamente, de uma outra prova.

A evolução desse instituto no Brasil tem seu início com a Constituição Federal de 1988, e sua inclusão se deu pelo ordenamento jurídico através da lei n.11.690/2008, no art. 157. A sua utilização deve acima de tudo, garantir os direitos humanos que se encontram no art. 5 da CF/88. Muitos doutrinadores são contrários à sua utilização sem a observação dos limites impostos pela lei. Contudo, no contexto jurisprudencial esse tem sido utilizado como prova valiosa.

Nesse sentido, faz-se necessário discorrer sobre a sua definição, sua aplicabilidade e sua legitimidade como prova processual, conforme será discorrido ao longo do texto.

## **2 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

### **2.1 Conceito**

Para contextualizar a prova ilícita por derivação, faz-se mister discorrermos sobre o posicionamento de alguns juristas que poderão contribuir para a elucidação de conceito. Segundo Renato Brasileiro Lima (2016, p.841):

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.

Em outras palavras, a prova ilícita por derivação constitui um tipo de prova ilícita que, apesar de obtida lícitamente, deriva direta ou indiretamente de uma prova obtida de forma ilícita. Outra estudiosa do tema, Cecarelli, define as provas ilícitas por derivação como provas aparentemente lícitas, mas cuja origem configura uma prova ilícita. (Cecarelli, 2011). Já nos dizeres de Vianna (2017) as provas ilícitas por derivação são aquelas cuja obtenção ocorre de

forma ilegal, contudo, em conformidade ao que postula o ordenamento jurídico como prova derivada, desrespeitando tanto os preceitos processuais quanto os direitos humanos; configurando assim, uma violação aos direitos constitucionais postulados pela Carta Magna.

Já no que tange à lei 11.690/2008, a sua definição pode ser percebida no 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.

§2 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.

§3 Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Lei 11.690/2008)

## 2.2 Evolução do Instituto no Brasil

No Brasil, a referência expressa às provas ilícitas por derivação surgiu no ordenamento em 2008 com a lei 11.690/08, responsável por uma minirreforma no Código Processual Penal Brasileiro. Entretanto, antes dessa previsão, a Constituição Brasileira no artigo 5º, inciso LVI, já assegurava a proibição da utilização de provas ilícitas no processo. A diferença entre a previsão constitucional e a previsão trazida pela reforma é que, no texto constitucional, fala-se de provas ilícitas em geral, enquanto na redação do CPP, dada pela reforma, as provas ilícitas por derivação são expressamente mencionadas.

Nas primeiras décadas da vigência da nossa Constituição, o judiciário brasileiro, não obstante a previsão constitucional, permitia a utilização das provas obtidas ilicitamente no processo, fossem elas propriamente ilícitas ou ilícitas por derivação. Tal entendimento era pautado na busca pela verdade real, herança do sistema inquisitório que ainda paira sobre o nosso judiciário e pelo princípio da ponderação que, à época, se interpretava de maneira a que o interesse da sociedade prevalecesse sobre o indivíduo. Segundo estes dogmas, descobrir verdade processual deve ser o maior e mais importante objetivo, finalidade em um processo, podendo, inclusive, prevalecer sobre os direitos e garantias individuais sob a justificativa do em prol societatis.

E, também permitido que, na busca por essa verdade sejam admitidas provas ilícitas. Devido a esta visão, muitas provas ilícitas, por derivação e também puramente ilícitas foram aceitas pelo nosso judiciário. Como destaca Torquato Avolio (2016, p.839):

Numa fase inicial, como destaca Torquato Avolio, o condicionamento aos dogmas do livre convencimento e da verdade real fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, mesmo que baseada em meios ilícitos. Reputava-se eficaz e válida, portanto, a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis por sua obtenção (particulares ou autoridades públicas). Tinha lugar, então, a máxima *male captum bene retentum*.

Nas primeiras décadas do século XX surgiram no direito americano as *Exclusionary rules*<sup>1</sup>. Nossos juristas, inspirados pelas regras americanasm decidiram aplicá-las também no Brasil, ao rechaçar a utilização de provas ilícitas no processo. Entretanto, como nos conta Lima, o Supremo Tribunal Federal interpretou a criação americana de forma que, por não constar expressamente no texto constitucional, as provas ilícitas por derivação pudessem ser admitidas no processo. Essa posição foi encabeçada pelo Min. Moreira Alves, segundo o qual o constituinte se referiu às provas ilícitas em si mesmas. Logo, por não constar expressamente no texto constitucional, as provas ilícitas por derivação poderiam ser admitidas no processo. (Lima, 2016)

Em 1996, o Supremo foi novamente convidado a se manifestar sobre o assunto, ao julgar um habeas corpus referente a uma interceptação telefônica ilegal cuja informação obtida resultou em prova para prender o acusado. Nesse julgamento, o tribunal acabou mudando sua posição. Os votos foram no sentido de não se admitir as provas ilícitas por derivação, e a decisão teve como embasamento a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. *In verbis*:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – *contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta*. Habeas corpus concedido.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> As *exclusionary rules* são regras que visam preservar os direitos e garantias individuais nas ações investigativas praticadas pela Polícia, sendo considerados nulos qualquer ato ou prova dele resultante contrário a esses direitos e garantias. A Suprema Corte Norte-Americana fundamentou a utilização destas regras através de uma dupla argumentação: conter as atuações abusivas por parte da Polícia; e manter a "Integridade Judicial", para a Corte não dar aprovação tácita àquelas condutas abusivas.

<sup>2</sup> STF, 1ª Turma, HC 73.351/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/03/1999. Observe-se que, originariamente, a questão foi submetida à apreciação da 1ª Turma, a qual, todavia, entendeu que se tratava de assunto afeto ao Pleno. Na mesma linha: STF, Tribunal Pleno, HC 72.588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

Depois, consolidou-se a posição de que apenas as provas obtidas por meios ilícitos e as que delas derivam devam ser desentranhadas do processo. Como ressalta Pacelli: “O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reconhecer a pertinência dos *fruits of the poisonous tree* (...)” (Pacelli, 2018, p.365) As provas ilícitas por derivação, como já dito, são aquelas que, apesar de lícitas, derivam de provas ilícitas. Esse conceito surge com a teoria dos frutos da árvore envenenada. Segundo a teoria em questão, e fazendo uso da analogia, as provas ilícitas são frutos podre, se delas advirem outros frutos estes também estarão contaminados. Logo, também as provas ilícitas por derivação são inadmissíveis no processo. A esse respeito leciona Magalhães Filho:

É impossível negar a priori a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise. De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz-nessa matéria importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça pena. (Gomes Filho, 2008, p. 267)

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada/ venenosa/*Fruits of the poisonou tree* é uma criação do direito norte americano. Esta teoria estabelece uma analogia entre as provas produzidas no e para um processo judicial e os frutos de uma árvore. Segundo ela, as provas ilícitas são frutos podres que, se admitidas no processo, causariam o mesmo efeito de uma fruta podre, colocada junta aos frutos sadios: contaminaria as demais provas. Para evitar essa contaminação, a teoria “[...]veda, como regra, a admissão em quaisquer processos da prova derivada da obtida por meios ilícitos.” (Cecarelli, 2011, p.128). Segundo Pacelli:

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. (Pacelli, 2018, p.365)

Diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, no ordenamento americano não existe norma expressa a respeito da admissibilidade de provas ilícitas. Entretanto, a tese da inadmissibilidade das mesmas pode ser encontrada em julgados do século XIX, que tem como justificativa a implicitude das já citadas *exclusionary rules* na Constituição Americana na tutela dos direitos fundamentais. (Lima, 2016)

A teoria em questão foi construída pela Suprema Corte Norte Americana no precedente *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920. Nele, a Suprema Corte norte-americana invalidou uma intimação expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal. Foram proibidas, tanto a prova obtida durante a busca ilegal quanto a prova obtida por meio da intimação, pois esta seria ilegal por derivação. Este caso foi o precedente que inspirou muitos outros, entre eles, em 1939, no caso *Nardone v. US* que ficou conhecido como o caso responsável por cunhar definitivamente a *Fruits of the poisonous tree theory*. Segundo Lima:

[...] no julgamento do caso *NARDONE v. US* (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos), ou *taint doctrine*. (Lima, 2016, p. 842)

Essa teoria ainda hoje é utilizada no direito americano, mas seu ápice ocorreu no julgamento *MIRANDA v. ARIZONA*, de 1966, nele:

[...]a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: **1)** que tem o direito de não responder; **2)** que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; **3)** que tem o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado. Nesse caso, a Suprema Corte Americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade – denominada de aviso de Miranda (*Miranda Rights* ou *Miranda-warnings*) – era o bastante para inquirar de nulidade as declarações da pessoa, notadamente a confissão e as provas conseguidas a partir dela. (Lima, 2016, p. 842)

Ela passou a ser adotada como regra geral pelo judiciário brasileiro a partir de 1996, tendo sido incorporada ao nosso ordenamento jurídico em 2008 com a minirreforma do CPP. A adoção de tal teoria foi uma escolha do nosso legislador que a deixou clara na exposição de motivos do anteprojeto da lei em questão. O legislador explicitamente ‘estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, de acordo com a teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’, teoria da qual advém a figura da prova ilícita por derivação. (CECARELLI, 2011). Tal inadmissibilidade deve ser considerada com cautela, uma vez que o próprio legislador também estabelece duas exceções: a não evidenciação de um nexos causal entre a prova ilícita por derivação e a dela derivada, e a possibilidade de a primeira ser obtida de forma independente da segunda. Nessas hipóteses, que serão objeto de análise no próximo tópico, permite-se a presença de provas ilícitas por derivação no processo.

### 2.3 Tratamento dado pela doutrina e jurisprudência brasileiras

A prova ilícita por derivação foi incluída no nosso ordenamento jurídico pela lei 11.690/08. Ela está prevista no artigo 157, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal. Como assevera Pacelli, e com ele concorda Lima:

A partir da Lei nº 11.690/08, que alterou diversos dispositivos do CPP, a teoria dos frutos da árvore envenenada passa a integrar a ordem processual penal brasileira de modo expresse. Diz o 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. (Pacelli, 2018, p.365)

Logo, segundo Pacelli (2018), é proibida a utilização das provas ilícitas por derivação em um processo judicial. Na mesma linha Lima (2017) conclui:

Portanto, pode-se dizer que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada ao processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos. (Lima, 2016, p. 838 e 839)

Com eles concorda Geraldo Pardo, que defende que “verificada a quebra da cadeia de custódia das provas, todos os demais elementos colhidos a partir da quebra estarão contaminados e igualmente não serão válidos.” (Prado, 2014,p.91).

Já Aury Lopes (2018) vem discorrer sobre os limites e a licitude das provas obtidas nas investigações, que contemplam duas vertentes, ou sejam: a prova ilícita e a prova ilegítima. Esses limites se dão pela própria evolução do processo penal com o intuito de garantir o respeito pelos direitos da pessoa, postulados no art. 5 da constituição.

Essa garantia defendida pelo autor traz de forma clara a contextualização desses dois tipos de prova. Nesse contexto, a prova ilegítima vem com a violação de regras quando produzida no curso do processo, violando dispositivo de Direito Processual, e sua proibição tem vinculação apenas processual, o que pode caracterizar, como exemplo, provas unilateralmente produzidas sem o contraditório. Já a prova ilícita, essa surge violando ou a Constituição, ou o direito material. Isso ocorre quando há uma invasão de privacidade do investigado que tem no art. 5 da CF/88 esses direitos garantidos.

Em relação ao artigo 157 e seu parágrafo primeiro, há duas exceções previstas pelo legislador nos parágrafos 2º e 3º do artigo em questão, quais sejam: a não evidenciação de um nexo causal entre a prova ilícita por derivação e aquela da qual é derivada, e a possibilidade de

a primeira ser obtida de forma independente da segunda. Com relação ao nexos causal, Rangel afirma:

A lei fala que se não houver um nexos de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida, não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra (lícita) para que possamos falar em contaminação. É a linha que liga a colheita de uma prova à obtenção de outra. (Rangel, 2015, p. 485)

Ou seja, não sendo verificada uma relação de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, esta pode ser usada, pois não haveria contaminação.

Já a possibilidade de a prova ser obtida de forma independente é o fato de que, mesmo se a prova ilícita não existisse, ainda seria possível adquirir a prova que dela foi derivada. Em outras palavras, a prova derivada pode ser obtida sem que uma prova ilícita a preceda. Nas palavras de Paulo Rangel:

Fonte independente de prova (FIP) é o que até então a jurisprudência chamava de prova absolutamente independente (PAI), ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita, e que, independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação. Ela é alcançada pela atividade contínua do estado, durante a persecução penal (por isso a Lei usa a expressão: seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal). É a própria investigação criminal, através dos atos que lhe são próprios, que é capaz de nos conduzir ao fato objeto da prova. (Rangel, 2015, p 486)

No campo doutrinário entabula-se certa discussão acerca do artigo 157 e seus parágrafos, e várias são as divergências entre os doutrinadores. Isso porque alguns doutrinadores defendem que tal artigo é desnecessário, uma vez que nossa constituição já proíbe a utilização de provas ilícitas no processo e, como as provas derivadas também são ilícitas, poderia inferir-se do texto constitucional que elas também sejam inadmissíveis. Outros criticam a redação do artigo, muito ampla, que não distingue se a norma legal é material ou processual o que pode dar base a interpretações distintas.

Segundo Lima, há uma corrente doutrinária que entende que será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. Sendo assim, qualquer violação ao devido processo legal significará ilicitude da prova. (Lima, 2016) Já na outra corrente, da qual fazem parte Lima e Ada Pellegrini, o artigo deve ser interpretado de forma restrita, como se referisse apenas às violações ao direito material (Lima, 2016). A esse respeito critica Ada Pellegrini, *cit in* Lima:

não parece ter sido a melhor a opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela ‘obtida em violação a normas constitucionais ou legais’ (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. (Lima, 2016, p. 838)

Concorda com a autora, Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por Lima, que ressalta:

essa opção pelo tratamento legislativo de tema tão controverso e sujeito a variadas interpretações não parece ter sido a melhor, “especialmente diante de certos equívocos e imprecisões do legislador. (Lima, 2016, p. 837 e 838)

Também são criticadas as exceções pontuadas no artigo, quais sejam, a não evidenciação de um nexo causal e a possibilidade da obtenção da prova ilícita por derivação através de uma fonte independente de prova. Isso porque acabariam sendo admitidas provas que, constitucionalmente seriam inadmissíveis, sendo a lei 11.690/08 contrária ao que preceitua a Constituição<sup>3</sup>. Por isso são vários os doutrinadores que consideram tal artigo inconstitucional. Segundo Paulo Rangel tal codificação foi desnecessária e o texto impreciso, o que abriu brechas para a discricionariedade do juiz (Rangel, 2018). Ele vai além em sua crítica e diz que:

o Código amesquinhou a Constituição e nesse particular aspecto é inconstitucional porque diminuiu o seu alcance. O princípio existe, está no art. 5o, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Não precisamos de mais nada. (Rangel, 2015, p 485)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho continua a crítica de Rangel se referindo aos parágrafos do artigo 157:

Ora, os §§ 1o e 2o, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do “nexo de causalidade”, ou quando ela poderia ser obtida “por uma fonte independente” (§ 1o).” (Coutinho, 2008, p. 369)

---

<sup>3</sup> Os reformistas de 2008 buscaram inspiração no direito alemão e adaptaram a teoria da proporcionalidade ao processo penal, no campo das provas ilícitas. Assim uma fonte de discussão desnecessária para fragilizar a teoria dos frutos da árvore podre, tendo o STF, em mais de uma oportunidade, mantido, em votações apertadas essa teoria. Nas instancias inferiores, entretanto, a teoria da proporcionalidade é utilizada. Para mais informações ver: As Nulidades No Processo Penal. Fernandes, Antonio Scarance; Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antonio Magalhaes – RT.

Há doutrinadores que vão além para sustentar a inconstitucionalidade desses parágrafos. Eles defendem que o direito à inadmissibilidade de provas ilícitas está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o que o tornaria uma cláusula pétrea amparado no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal (Cecarelli, 2011).

Em relação à jurisprudência, a discussão a respeito da inconstitucionalidade do artigo 157 e seus parágrafos é quase inexistente. Tem-se adotado a teoria da árvore dos frutos envenenados, conjugada com o artigo. Segundo o ministro Celso de Mello, citado por Lima:

ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. (Lima, 2016, p. 843)

A respeito desta posição podemos concluir que, tanto as provas ilícitas quanto as ilícitas por derivação são inadmissíveis no processo. Isso porque ambas violam direitos e garantias constitucionais e legais. Logo, mesmo provas legítimas, mas cuja obtenção se deu por uma transgressão dos agentes estatais, serão proibidas no processo. Essa foi a forma encontrada pelo nosso legislador e pelos juristas, de limitar o poder do Estado perante os direitos dos cidadãos.

### **3. AS ESCUTAS TELEFÓNICAS**

#### **3.1 Conceito**

Dentro do contexto de derivação, no Direito Lusitano existe a prova obtida pela escuta telefônica que, segundo Astorga (2014) é um dos meios de se obter uma prova e que tem a sua previsão no Código de Processo Penal Português nos artigos 187 e 188. A autora ainda define a sua legitimidade somente nos casos em que a polícia criminal com a autorização do Juiz vem interceptar e gravar os conteúdos de escuta telefônica, obedecendo aos princípios da proporcionalidade e da adequação aos requisitos postulados em lei.

Já no contexto brasileiro, Lima (2016) vem conceituar as escutas telefônicas sob a ótica da lei n. 9.296/96, em que a figura da interceptação telefônica não quer dizer interromper ou cortar a comunicação e sim, como um ato de captação do discurso comunicativo alheio que possa transmitir o teor da conversa. Para o autor, na interceptação sempre haverá a participação de outrem, que passa a conhecer o teor da conversa da comunicação telefônica. Assim,

Não se deve confundir interceptação com escuta telefônica, nem tampouco com gravação telefônica. A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro. (Lima, 2016, p. 983)

Nos dizeres de Avolio *Cit in* Lima (2016, p.983),

a gravação da conversa interceptada não é, necessariamente, elemento integrante do conceito de interceptação. A simples escuta, desacompanhada de gravação, pode ser objeto de prova no processo penal, desde que não configure violação à intimidade.

Já para Silva (2013) as escutas telefônicas, um dos meios de se obter informações privilegiadas, tem sido utilizada nos últimos tempos como uma intervenção que requer cuidado e ponderação, tendo em vista que o bem maior da pessoa - a garantia do sigilo -, tem que respeitar algumas regras dos direitos humanos e da própria Constituição Federal. Segundo a autora:

Trata-se de um instrumento com um carácter altamente intrusivo na esfera da vida privada, área onde se inserem vários direitos fundamentais, o que significa que a sua utilização deverá ser sempre realizada com respeito integral pelas regras legais, gizadas com vista a alcançar o equilíbrio entre a necessidade de actuar perante o crime e a salvaguardo dos indivíduos que são alvo da escuta. (Silva, 2013, p.4)

Nessa linha, se faz mister verificar o quão emblemático é a utilização das escutas que chegam ao limite do que é pessoal e do que é público para fins investigativos, como relatou Silva (2013).

Valente, em sua obra “Escutas Telefônicas da Excepcionalidade à Vulgaridade”, coloca uma questão importante sobre a reflexão de como se obtém uma escuta telefônica. O autor sugere analisar a técnica, o meio e as provas que se procuram obter. As técnicas de escuta telefônica (para os especialistas) são de difícil manejo, pois demandam um controle mais

acirrado, visando a constituir um instrumento extremamente eficaz no poder Judiciário. Já o meio, esse tem que respeitar os direitos humanos sem agredir o suspeito, e por último, as provas que compõem de fato o que propuseram investigar. A prova configura um mecanismo pelo qual se tenta buscar a verdade dos fatos.

### **3.2 A evolução do instituto da Interceptação Telefônica no Brasil**

No Brasil, o instituto da interceptação telefônica e o seu limite, se encontra previsto na Constituição Federal

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 (artigo 5º, XII, CF/88).

Assim, Távora e Alencar (2017) colocam a interceptação telefônica como uma medida cautelar que visa de forma probatória as investigações em curso. O seu resultado compõe uma fonte de provas que podem ser inseridas no processo. Os autores buscaram apresentar a interceptação telefônica como um meio de prova, obtenção ou fonte, segundo três elementos listados:

(1) será meio de prova em face de que, na Constituição e na legislação, há menção específica a seu nomen juris e seu resultado pode servir, diretamente, à comprovação dos elementos típicos que constituem a infração penal. Exemplo: a interceptação telefônica flagra comunicação de delito permanente, cuja consumação se protraí no tempo (alguém comunica que está mantendo outrem em cativo ou o agente que informa que está cometendo homicídio naquele momento, deflagrando disparos audíveis pelo telefone interceptado. Nesses casos, o resultado da interceptação será o próprio meio de prova);

(2) será meio de obtenção de prova quando, através das informações obtidas com a interceptação, for possível chegar às provas que, diretamente, demonstram a materialidade de um delito, tal como quando se descobre onde se encontram documentos ou instrumentos que podem constituir a prova propriamente dita do delito;

(3) será fonte de prova quando for considerada a perspectiva de observação da estrutura técnica da interceptação que, por sua vez, viabiliza resultados que poderão ser úteis à produção probatória. (Távora e Alencar, 2017, p.755)

Esses três elementos que compõem, segundo os autores, requisitos para a utilização das escutas telefônicas, dependem também de outros elementos como os dois interlocutores e o interceptador que, mediante a captação da conversa, pode obter as informações desejadas.

Na perspectiva de preservação das fontes de prova fora do processo, Aury Junior (2018) sustenta a importância dos meios de obtenção e a valorização da cadeia de custódia, que constituem todo o processo de aquisição das provas. O autor ainda menciona a exigência dos princípios da mesmidade e da desconfiança. O primeiro garante que a prova seja a que realmente foi obtida, em sua integralidade. Enquanto o segundo, visa exigir que a prova seja acreditada.

Na interceptação telefônica, o que mais preocupa é a violação da mesmidade, principalmente quando essa, ao ser filtrada pela investigação policial, possa perder alguma essência importante de um processo. Nesse caso, o filtro pode fazer com que o fragmento utilizado contribua apenas com o quê o acusado propõe defender. (Lopes Jr. 2018)

### **3.3 O tratamento dado pela doutrina brasileira às provas ilícitas por derivação obtidas através de escutas telefônicas.**

O encontro fortuito e o princípio da serendipidade se encontram no terreno dos desvios causais da prova. No Brasil, Aury Junior (2018,p.384) relaciona esse tema como prova emprestada; para o autor, “obtem-se determinada prova na apuração de um crime e, posteriormente, essa prova é “emprestada”, transferida, para outro processo, onde é valorada.”

No campo teórico de Távora e Alencar (2017) as provas ilícitas por derivação, advindas pelo recurso de escutas telefônicas para sua validade, têm que ser submetidas às cláusulas que qualificam a reserva jurisdicional que compõe o cenário do respeito aos direitos humanos, “salvo em caso de Estado de Defesa e de Estado de Sítio regularmente decretados, na forma da Constituição do Brasil, cujos artigos 136, § 1º, I, "c", e 139, III, preveem restrições ao direito de sigilo das comunicações”. (p.753). Para os autores,

A regra de proteção do direito ao sigilo recai sobre qualquer tipo de comunicação telefônica. O destinatário da regra, sujeito passivo que se submete ao dever de guardar segredo é a operadora da telefônica ou a empresa responsável pela tecnologia que viabiliza as comunicações através dos diversos tipos de aparelhos. Tanto faz que a titularidade do uso do telefone ou da linha respectiva, seja de natureza pública ou particular, deve ser garantida a proteção do sigilo do interlocutor, ou seja, da pessoa que suporta os efeitos da interceptação (sujeito passivo da interceptação e sujeito ativo do direito ao sigilo telefônico). Da mesma forma, se terceira pessoa usa canal telefônico pertencente a outrem, deve ainda assim ser mantida em segredo as conversas, sendo plenamente aplicável o art. 5º, XII, da Constituição Federal. (Távora e Alencar, 2017, p.754)

#### **4. O ENTENDIMENTO JUDICIAL EM FACE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS**

Conhecidos em Portugal como o “desvio causal da prova” ou “encontro fortuito”, e no Brasil segundo o STJ, a prova derivada surge como o “princípio da serendipidade”, vem acolher as provas obtidas acidentalmente, mesmo não havendo conexão com a investigação anterior, em um novo processo, caracterizando assim, Prova Derivada (Lopes Jr.2018).

Serendipidade é um conceito atribuído ao encontro de provas fortuitas que tem como inspiração a história dos: “Três príncipes de Serendip”. Nela, os três príncipes do reino de Serendip partem em uma viagem em busca de algo, e se deparam com algumas descobertas que os levam a conhecer coisas jamais vistas anteriormente. Desde então, serendipidade tem sido relacionada às descobertas consideradas fortuitas de coisas que surgem com uma extrema importância, sem a sua devida busca, todavia. (Siqueira, 2016)

Aury Lopes Jr. (2018) apresenta o princípio da serendipidade, como aquele atrelado ao encontro fortuito de provas. Ocorre quando a interceptação telefônica autorizada pela justiça traz todas as provas da prática do delito: seja ela do caso investigado ou de outras vertentes a ser investigadas, podendo ser compartilhadas, qual seja transferidas para outro processo.

Esse princípio não se encontra atrelado apenas às descobertas fortuitas, ele exige uma interpretação mais intensa; “deve haver uma sagacidade, ou seja, é necessária uma observação para que se possa reconhecer os sinais e saber, dessa forma, interpretá-los.” (Siqueira, 2016, p.20)

Esse princípio se vê vinculado à doutrina da vinculação causal, e o próprio STJ, em uma decisão citada por Lopes Jr. (2018) aceitou a prova colhida em interceptação telefônica, mesmo não havendo conexão entre os crimes, levantando assim a possibilidade de se acolherem as provas vindas dos casos fortuitos.

O Supremo já teve a oportunidade de asseverar que, da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (Lima, 2016, p.865)

Segundo Pacelli (2017) o deferimento de uma interceptação telefônica pelo juiz se encontra muito mais atrelado ao controle constitucional dentro dos limites impostos pela constituição por ele ser um garantidor do que para o próprio interesse investigativo, principalmente quando a gravação de uma conversa interceptada leva a descoberta de uma prova material. Segundo o autor,

O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal. (Pacelli, 2017, p.178)

Já nos dizeres de Avolio *Cit in* Lima (2016, p.5)

a gravação da conversa interceptada não é, necessariamente, elemento integrante do conceito de interceptação. A simples escuta, desacompanhada de gravação, pode ser objeto de prova no processo penal, desde que não configure violação à intimidade.

No caso da obtenção de provas através da escuta telefônica, essa deve conter em suas decisões a fundamentação em relação a cada situação, tendo em vista que há a restrição dos direitos fundamentais da pessoa no caso de quebra do sigilo das comunicações. Para tanto,

Art. 5º 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.

Contudo, essa descrição temporal, com prazo máximo de 30 dias, compreende exceções que venham a atingir até mais do que o prazo estabelecido por lei, mesmo porque tanto o STJ quanto o STF já demonstraram em seus acórdãos uma pacificação quanto às possíveis e inúmeras prorrogações para que numa investigação se obtenha o necessário como prova derivada.

Assim, salienta-se que mesmo com a autorização judicial, a quebra de sigilo só pode-se efetivar em caráter de exceção quando há indícios de alguma participação dos investigados do processo e, mesmo assim, ela sempre necessitará de uma fundamentação coerente.

#### **4.1 Caso real de jurisprudências brasileiras**

Em relação aos encontros fortuitos de provas no cenário jurisprudenciais, essas por sua vez têm sido consideradas pelas autoridades policiais provas valiosas para desarticular as organizações criminosas em operações que enveredaram nos últimos anos, tais como: as operações Lava-Jato.

Nesse caso, o instituto da serendipidade na qual se encontra outra prova dentro de uma investigação específica, traz em seu bojo um questionamento acerca de a prova ser ilícita ou ilegítima, como Lopes Jr. (2018) intervém.

Embora haja garantia do sigilo das comunicações telefônicas, postulados pelo art. 5 em seu inciso XII, com uma ordem judicial o afastamento ocorre em detrimento da demanda necessária em decorrência da gravidade das operações, como é o caso do Recurso Especial n. 1.692.641 – PR do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.692.641 - PR (2017/0215436-0) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER RECORRENTE : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO FEDERAL ADVOGADOS : ROBERTO CHARLES DE MENEZES DIAS E OUTRO (S) - MA007823 PRISCILLA LISBOA PEREIRA - DF039915 ALEXANDRE PONTES ALVES - DF043880 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DECISÃO 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB, com base no art. 105, III, a da Constituição Federal, contra acórdão emanado do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo qual foi negado provimento à apelação nº 5030648-16.2016.4.04.7000/PR, em face da decisão prolatada pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que indeferiu a invalidação e exclusão das provas decorrentes de interceptação telefônica (fls. 348/359). Transcrevo a ementa do aresto objurgado (fls. 363): PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO 'LAVA-JATO'. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VALIDADE. SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO. GARANTIA NÃO ABSOLUTA. PROVA ESTRANHA AO PROCESSO. EXCLUSÃO. 1.

Indiscutível a existência de garantia constitucional (artigo 133 da CF) e legal (artigo 7º, II, da Lei nº 8.906/94) de inviolabilidade do sigilo do advogado e de suas comunicações. 2. Tal garantia, no entanto, não pode servir de abrigo à prática de ilícitos, devendo ser analisada no caso concreto e ponderada por outros valores e princípios também previstos na Carta Magna. 3. Conferir inviolabilidade ao advogado e às suas comunicações não importa em salvo-conduto para todos os seus atos. A garantia de sigilo visa ao alcance dos ditames do Estado Democrático de Direito, conferindo a todos os acusados o devido processo legal, e não uma salvaguarda para o cometimento de delitos sob o manto de tal proteção. 4. A prática de crime por advogado, sob o pretexto de exercício da profissão, não está acobertada pela inviolabilidade. Precedente do STF. 5. Não há nulidade na decisão que determina a interceptação de ramal telefônico tido por pertencente à empresa de um dos investigados com base em informações constantes em cadastro público (CNPJ). Uma vez constatado que o telefone é de titularidade de terceiro, estranho à investigação, a prova é imprestável aos autos, razão pela qual deve ser desentranhada e inutilizada, desde que haja requerimento da parte interessada em tal sentido. 6. Apelação parcialmente provida. Nas razões do recurso especial (fls. 372/392), aponta o recorrente a violação, pelo acórdão guerreado, da vigência aos seguintes artigos de lei: a) artigo 7º, II, da Lei 8906/94: Sustenta que o acórdão recorrido fere de forma incisiva o direito legal e constitucional dos advogados ao

sigilo de suas comunicações, em correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, no estrito exercício da profissão, destacando que as interceptações telefônicas, em face de Roberto Teixeira, mostram-se eivadas de ilegalidades e carentes de fundamentação. Argumenta que a decisão do Juiz de primeira instância, referendada pelo Tribunal a quo, edificou suas premissas em fundamentação per relationem, para autorizar a quebra de sigilo do terminal do advogado - (11) 98144-777, correlacionando o causídico à condição de investigado, e não de advogado, haja vista o envolvimento na aquisição supostamente fraudulenta de sítio em Atibaia. Aduz que quando o alvo de tal quebra é o próprio advogado, sob o pretexto de submetê-lo a uma investigação penal, imperioso que se faça uma análise ainda mais criteriosa e fundamentada para sua decretação, sob pena de criminalizar o livre exercício da advocacia, infringindo as suas prerrogativas profissionais, que, de fato, emergem como uma garantia, não do advogado, mas do cidadão por ele representado. Requer, no ponto, a reforma do acórdão recorrido para declarar a existência de infração ao artigo 7º, II, da Lei 8.906/94, bem como excluir dos autos o material proveniente da interceptação dos diálogos entre cliente e o advogado Roberto Teixeira, vez que não é ao menos razoável, como primeira medida, a determinação de interceptações de seus telefones, uma vez que estava no seu regular exercício profissional, na defesa de seu cliente. b) artigos 2º e 9º da Lei 9296/96: Destaca o recorrente a ilegalidade, somada à infração das prerrogativas profissionais dos advogados, na validação da interceptação autorizada, por engano, no ramal telefônico do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados. Pondera que a quebra de sigilo deve respeitar a interpretação conjunta do disposto nas Leis

n. 8.906/94 e 9.296/96, a fim de garantir maior rigor para o deferimento de interceptação telefônica de terminais utilizados por advogados, em especial quanto à motivação das decisões judiciais que deveriam ser as mais específicas e pormenorizadas possíveis. Relata que a manutenção do material colhido com a quebra do sigilo do escritório de advocacia não merece prosperar, seja pela patente infração às prerrogativas da advocacia, seja pela patente ilegalidade da interceptação telefônica, que alcançou pessoa diversa da que se pretendia investigar, ferindo de morte o sigilo das comunicações de mais de 20 (vinte) advogados, integrantes do escritório Teixeira, Martins & Advogados, que também utilizam o ramal telefônico interceptado. Salienta, no compasso, que, em relação à interceptação telefônica do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados, não houve a comprovação e a fundamentação dos requisitos previstos no art. 2º da Lei 9.296/96, uma vez que o escritório sequer é citado na decisão que pretendia interceptar as comunicações da empresa LILS, de propriedade do ex- Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Ademais, já no que se refere à indigitada violação ao artigo 9º da Lei 9.296/96 e a legitimidade da OAB em requerer a providência de lacração e indisponibilização do material obtido com a interceptação telefônica do advogado Roberto Teixeira e de seu escritório Teixeira, Martins & Advogados, consigna que o Conselho Federal da OAB emerge em defesa das prerrogativas profissionais dos advogados, na defesa do artigo 7º, II, da Lei 8.906/94, no que se refere à inviolabilidade de suas comunicações e ao estrito cumprimento do devido processo legal, sendo o pedido de retirada dos documentos oriundos da interceptação telefônica apenas uma consequência lógica da respectiva infração ao dispositivo. Ao final, requer o conhecimento e o provimento do presente recurso especial, a fim de se anular o acórdão recorrido, frente à patente contrariedade às normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como declarar a infração às prerrogativas profissionais dos advogados (art. 7º, II, da Lei 8.906/94) Roberto Teixeira e dos demais componentes do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados; além de determinar a inutilização e exclusão dos autos das provas decorrentes da interceptação dos telefones do advogado Roberto Teixeira e do seu escritório de advocacia, em resgate à proteção às prerrogativas da advocacia, seja pela infração ao art. 2º, da Lei 9.296/96, por ausência do cumprimento de seus requisitos, seja pela impossibilidade de aceitação da fundamentação per relationem no caso em apreço. O recurso especial foi admitido na origem (fl. 407). O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento

ou, ultrapassada essa seara, que lhe seja negado provimento (fls. 876/888). É o relatório. 2. Passo a fundamentar para, ao final, decidir. Da contrariedade ao artigo 7º, II, da Lei 8906/94 e aos artigos 2º e 9º da Lei 9296/96: Aduz o recorrente a violação dos dispositivos normativos, tendo em vista a infração das prerrogativas profissionais dos advogados (art. 7º, II, da Lei 8.906/94), no caso, em específico, relacionado ao procurador Roberto Teixeira e dos demais componentes do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados, postulando, em consequência, a inutilização e exclusão das provas decorrentes da interceptação telefônica, pela não observância do art. 2º, da Lei 9.296/96, ou mesmo pela impossibilidade da aceitação relacionada à fundamentação per relationem. Preliminarmente, não obstante a alegação de vulneração dos artigos aventados em sede recursal (artigo 7º, II, da Lei 8906/94 e aos artigos 2º e 9º da Lei 9296/96), denota-se que a irresignação remonta à mesma gênese, vale dizer, à violação das prerrogativas da advocacia, sendo os demais pedidos nada mais do que um consectário lógico do reconhecimento, ou não, em uma espécie de prejudicialidade, positiva ou negativa, de eventual violação da atuação plena desse múnus constitucional, razão pela qual serão as controvérsias analisadas conjuntamente. No que se refere à violação das prerrogativas inerentes ao pleno exercício da advocacia, inserto no artigo 7º, II, da Lei 8690/94, insta consignar que a exegese a ser conferida à norma inserta no texto legal, segue diretamente atrelada ao exercício livre e independente em relação à defesa dos respectivos clientes, portanto, indispensável à administração da justiça, tendo como invioláveis seus atos e manifestações no exercício da profissão, mas nos limites da lei (CF, art. 133). Sob as raias de um Estado Democrático de Direitos, não resta dúvidas de que cabe ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir o pleno exercício desses direitos e liberdades fundamentais, não podendo tal paradigma, entretanto, servir de pilar para escudar atos incompatíveis com a magnitude inerente à profissão a ser desempenhada. Sabe-se que não há que se falar em direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis, mesmo na estrutura dos denominados direitos fundamentais, mormente quando as razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitam, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. No ponto, vale consignar o excerto da em. Ministra Ellen Gracie, quando assevera que [...] Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5.º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. (HC 93.250/MS, rel. Min. Ellen Gracie - 10.06.2008) Destaca-se que a garantia do sigilo das comunicações telefônicas entre o procurador e seu cliente não implica, todavia, em imunidade para a prática de crimes no desenrolar da advocacia, sendo legítima, em cenário semelhante, tanto a coleta, quanto a utilização de provas, dentre elas a interceptação telefônica, desde que devidamente motivada e fundamentada pela Autoridade competente (v.g. REsp 1465966/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 19/10/2017).

Diante desse recurso, não cabe análise apenas do Instituto da serendipidade, ele demonstra a violação dos direitos do advogado em face de suas comunicações com o cliente.

Além da existência constitucional que vigora no art. 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da

profissão, nos limites da lei.” Há de mencionar também a lei n. 8.906/94 em seu artigo 7º que discorre sobre a inviolabilidade do sigilo do advogado e de suas comunicações.

Nesse ínterim, o Recurso Especial vem buscar a invalidação e a exclusão das provas decorrentes de interceptação telefônica, com fulcro nos artigos que versam sobre o sigilo do profissional do Direito.

Durante toda a fundamentação do Recurso, os advogados alegaram que o acórdão recorrido fere os direitos e deveres do exercício da profissão. Demonstrando assim, que o acesso as interceptações telefônicas eram ilegais e de fraca fundamentação. Os recorrentes alegaram ainda que o material colhido com a quebra do sigilo do escritório, alcançou pessoas diversas que não se encontravam sob suspeita, além de expor o sigilo das comunicações de mais de 20 advogados. Diante desse fato, fica claro a lesão dos direitos fundamentais e a preservação da imagem dos profissionais, sendo sustentado por Ramos (2017, p.703):

O círculo da intimidade é composto pelo conjunto de manifestações (informações, imagens, gestos, entre outros), só compartilhados com familiares e amigos próximos e, no máximo, com profissionais submetidos ao sigilo profissional. Nesse círculo, encontra-se a previsão da proibição da intrusão de terceiros no domicílio (inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5º, IX, da CF/88) e ainda a proteção do acesso indevido e publicização do conteúdo das comunicações pelos mais diversos meios gerando o sigilo do conteúdo telemático, epistolar, telefônico entre outros.

Embora haja o sigilo profissional, o autor ainda discorreu que ele não é absoluto. Para Ramos (2017) a interceptação telefônica pode ser admitida em relação ao advogado quando esse deixa de desempenhar a sua função de defender o seu cliente e passa a ser considerado participante do crime o que não é o caso em tela. Os advogados alegaram que “não houve a comprovação e a fundamentação dos requisitos previstos no art. 2º da Lei 9.296/90, uma vez que o escritório sequer foi citado na decisão que pretendia interceptar.” Assim,

A violação do sigilo profissional e da inviolabilidade dos locais de exercício da profissão da advocacia só pode ocorrer quando houver provas ou fortes indícios da participação de advogado na prática delituosa sob investigação e no exato limite desse envolvimento. Assim, não se admite a interceptação telefônica e ambiental do escritório de advocacia simplesmente para obter provas contra o cliente do advogado, o que ofende tanto a ampla defesa quanto a privacidade nas relações profissionais. (Ramos, 2017, p.716)

Nesse sentido, fica claro que a aplicação do princípio da serendipidade não pode ser livre. O encontro das provas fortuitas tem que garantir ao sujeito, o mínimo de respeito aos seus direitos fundamentais e nesse caso, a lesão a esses direitos foi intimamente afetada tendo em

vista que não houve anteriormente, nenhuma comprovação de ato ilícito por parte dos defensores do ex presidente Luis Inácio Lula da Silva.

## CONCLUSÃO

A obtenção das provas derivadas por meio das escutas telefônicas tem sido um dos instrumentos mais utilizados para se obter uma prova considerada “chave” para os investigadores. Contudo, o que se discute paralelamente a sua obtenção é se ela foi obtida conforme postula a Constituição Federal de 88, garantindo acima de tudo os direitos humanos do investigado.

Esse instituto, criado a partir da lei 11.690/2008 vem trazer as provas derivadas como aquelas que são admitidas em um processo, desde que autorizadas e fundamentadas por um Juiz. O legislador embora estabeleça a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação com base na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, o mesmo vê duas exceções que prevê o nexo causal entre a sua licitude e a forma independente em que foi obtida.

Embora haja essas distinções ao longo do texto, se faz mister salientar as exceções quanto a sua obtenção e a que custo elas se sustentam ao serem expostas.

A esse propósito que se faz necessário buscar as garantias e os direitos que são inerentes a pessoa humana. E são esses direitos que foram discutidos com os entendimentos jurisprudenciais e com o caso concreto que envolvia o sigilo profissional dos advogados do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Nele foi possível perceber a que preço o princípio da serendipidade ocorreu, em face das garantias existentes na Constituição Federal e no próprio Estatuto do Advogado em relação ao exercício da profissão do defensor.

Diante o exposto, se faz necessário questionar: *A que ponto vale o aproveitamento indiscriminado de provas derivadas que venham lesionar os direitos e as garantias fundamentais do sujeito?*

Não há dúvida da importância que a interceptação telefônica tem para as grandes investigações, contudo, a sua efetivação só terá o efeito buscado se houver a proteção aos direitos fundamentais e a preservação da imagem daqueles que se encontram *sub judice*.

## REFERÊNCIAS

- Andrade, M.C.(2013). **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- Astorga, P.C.M.C.(2014). **Escutas Telefônicas**. Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídicas – Forense. Universidade de Coimbra.
- Brasil. (1988). **Constituição Federal**, de 10 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. [Consultado em: 17 de fev. 2016].
- Brasil.(1996). **Lei 9269/96 .Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Brasília: Senado. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. [Consultado em: 10/05/2018].
- Brasil.(2013). **Lei 12.850/2013 .Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**.Brasília: Senado, 2013. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>.[Consultado em: 14/03/2018].
- Brasil.(2015). **Lei 13.105/2015. Código Processo Civil. Brasília: Senado**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. [Consultado em: 10/05/2018].
- Cecarelli, C. F. (2011). **Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual)** - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em:<doi:10.11606/D.2.2011.tde-31072012-085213>.[Consultado em: 2018-09-15].
- Coutinho, N.J.M.(2008). **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim do IBCCRIM, nº 188, jun.
- Espada, M.C.S.(2014). **Pressupostos de Admissibilidade das Escutas Telefônicas – Análise Crítica**. Mestrado Forense. Universidade Católica Portuguesa.
- Gomes Filho, A.M.(2008). **Provas Lei 11.690, de 09.06.2008**. In: Moura, Maria T.R.S.(Coord). As reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.
- Gomes, L. F.; Maciel, S. (2010) Interceptação telefônica. **São Paulo: Revista dos Tribunais**. Grinover. A. P.(2013). *Provas ilícitas interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica.

Houaiss, A. (2002). **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa versão 1.05<sup>a</sup>**. São Paulo:Objetiva.

Junior, A. L.(2014). **Direito Processual Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva.p 425.

Lima, R. B..(2016). **Legislação criminal especial comentada**. Volume único, 4. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2016. 976p.

Lima, R.B.(2017). **Manual de Processo Penal**. Volume único, 4. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM

Lopes Junior, A.(2018). **Direito Processual Penal**. Ed. 11.São Paulo: Saraiva.

Pacelli, E.(2018). **Curso de processo penal**. Ed. 22. São Paulo: Altas.

Pacelli, E.(2011). **Processo Penal**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.368.

Rangel, P.(2015). **Direito processual penal**. 26 Ed. São Paulo: Atlas.

Ramos, A.C.(2017). **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva.

Siqueira, L. I. (2016). **O princípio da Serendipidade no direito processual penal brasileiro**. Frutal: Perspectiva.

Távora, N. e Alencar, R.R.(2017). **Curso de direito processual penal**. - 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm.

STJ. (2015).**O encontro fortuito de provas na jurisprudência do STJ. Superior Tribunal de Justiça. O encontro fortuito de provas na jurisprudência do STJ**. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/183776087/o-encontro-fortuito-de-provas-na-jurisprudencia-do-stj>>[Consultado em: 10/05/2018].