

# Interceptação telefônica face às provas ilícitas<sup>1</sup>

*Telephone calls interception and illegal evidence*

Eveline Lima de Castro<sup>2</sup>



## Resumo

A interceptação de comunicações telefônicas surgiu como instrumento eficaz no combate à criminalidade, mas não cessa aí a importância deste instituto, tendo em vista sua ampla utilização, no âmbito político, na elucidação de seqüestros, redes de prostituição, abuso sexual, violência contra a mulher, crianças e adolescentes, entre outros crimes. Não obstante a evidente importância do instituto, há uma série de procedimentos a serem observados na sua aplicação, sob pena de não ser meio de prova hábil nos autos de um processo. Assim, objetiva-se estudar as hipóteses em que a interceptação poderá ser aceita como prova, sem ser declarada sua imprestabilidade e, por via de consequência, determinado seu desentranhamento dos autos do processo em que foi produzida. A metodologia empregada foi a análise do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, análise bibliográfica e exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no período de 1993 a 2001. Como resultado da pesquisa, constatou-se que uma prova ilícita pode tornar-se lícita por força do princípio da proporcionalidade, mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que tal princípio somente deve ser aceito em benefício da defesa, embora haja uma decisão isolada do Superior Tribunal de Justiça que o admite também para acusar. Ademais, verificou-se a existência de controvérsias acerca de aspectos relativos à utilização da interceptação telefônica. Tais controvérsias vêm sendo dirimidas pela doutrina e jurisprudência, às quais cabe, também, a tarefa de flexibilizar o uso do referido instituto, através da consolidação de entendimentos que lhe conferirão a necessária efetividade para o eficaz combate ao crime.

Palavras-chave: **Interceptação telefônica. Provas.**

## Abstract

Telephone calls interception has proven effective in fighting crime in general. Brazilian law, however, requires several procedures in order to accept this evidence as legal and allowed in court. Constitutional aspects, expert opinion and jurisprudence of Brazil's Supremo Tribunal Federal (1993/2001) were analyzed, when the author came to the conclusion that illegal evidence may be accepted in court, only to benefit the defendant. The judge's verdict may even be void if it is based on illegal evidence, to condemn the plaintiff. The author also concludes that this is a controversial matter and it is being further analyzed by renowned authors and by the superior tribunals, in order to make its acceptance more flexible, thus fighting crimes more effectively.

Keywords: **Phone interception. Evidence.**

## Provas Ilícitas

Prova ilícita é aquela colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis para a proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade e mais especificamente obtenção da intimidade. (GRINOVER; CINTRA; DIMARCO, 1997, p. 131).

*"A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não só a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz"* (GRINOVER; CINTRA; DIMARCO, 1997, p. 256).

<sup>1</sup> Este texto resulta da pesquisa [Interceptação de Comunicações Telefônicas segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal] financiada pelo Programa de Bolsas de Iniciação Científica da Fundação Edson Queiroz.

<sup>2</sup> A autora é Advogada formada pela Universidade de Fortaleza. Mailto: evelinelima\_castro@hotmail.com.

O direito à prova engloba todo e qualquer meio probatório ao dispor das partes, sendo regra a liberdade probatória. Há, todavia, exceções, que devem ser razoavelmente justificadas, razão pela qual abandona-se, portanto, na atualidade, a utilização pura e simples dos tradicionais meios de prova para permitir que

*"se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas)". (MOREIRA, 1997, p. 125).*

Comumente, verifica-se que são confundidos os termos "prova ilegal", "prova ilícita" e "prova ilegítima", não sendo consideradas as diferenças sutis existentes entre os mesmos. A prova ilegal é o gênero, i.e., o conjunto de todas as provas obtidas com infração às normas de direito (prova vedada). Prova ilícita e ilegítima são espécies de prova ilegal.

A prova ilegítima viola normas de direito processual. Por exemplo, o art. 475 do Código de Processo Penal dispõe que, no julgamento pelo júri, não será permitida a leitura ou produção de documento se a parte contrária não tiver sido comunicada com, pelo menos, três dias de antecedência. Se este prazo não for observado, a prova será ilegítima, por ferir uma proibição processual e, portanto, não poderá ingressar no processo. A prova ilícita, por sua vez, transgride normas de direito material. Exemplo claro disto é a interceptação telefônica sem autorização judicial.

*"A prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra Jurisprudência criminal, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". (STF, 1995).*

## Interceptação telefônica face às provas ilícitas

Nos trabalhos da Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988, exerceu grande influência um grupo de juristas que assessorou os congressistas. Entre eles, predominava a corrente da não admissão das provas obtidas ilegalmente, devendo-se a isto a proibição categórica do art. 5º, LVI.

Não obstante esta proibição, é perfeitamente possível que uma prova considerada ilícita venha a tornar-se lícita, por força do princípio da proporcionalidade – corolário do Estado de Direito e grande colaborador da repressão ao crime – devido ao caráter relativo do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas. Por isto, tem sido admitida, respeitando-se o princípio da presunção de inocência, a prova ilícita para inocentar.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que o princípio da proporcionalidade deve ser aceito somente *pro reo* (em benefício da defesa), mas há uma decisão da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça que o admite também *pro societate* (para acusar). *In verbis*:

*"EMENTA: Constitucional e Processual penal. 'Habeas Corpus'. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (ver fassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada." (STJ, 1996).*

O relator deste acórdão ressalta que uma leitura atenta da Constituição Federal de 1988 mostra sua

preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. e, portanto, “a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo”.

Como bem assevera José Frederico Marques,

*“limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção à garantia da pessoa humana, impedem que para a procura da verdade, se lance mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova [...] inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para, assim, tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória”.* (MARQUES, 1965, p. 294)

Acrescenta Ada Pellegrini Grinover que é

*“inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de Direito, a repressão do crime não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são, freqüentemente, ilícitos penais”.* (GRINOVER, 1982, p. 150)

Se um acusado consegue demonstrar sua inocência de maneira inconteste, mas com base em prova ilícita, tem-se inclinado a doutrina pela não-aplicabilidade do art. 5º, LVI, CF, já que o direito de provar a inocência se impõe sobre o interesse estatal de sancionar condutas típicas. Além disso, não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, em detrimento da impunidade do verdadeiro culpado.

Encaixa-se aqui a prova ilícita em legítima defesa, pois os direitos humanos fundamentais, entre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º, CF, não podem servir para proteger a prática de atividades ilícitas nem se prestar a afastar ou diminuir a responsabilidade por atos criminosos, pois, desta forma, estar-se-ia desrespeitando o Estado de Direito.

Se, v.g., uma vítima de extorsão grava sua conversa com o criminoso, esta prova é válida, pois este invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima ao ameaçá-la e coagi-la e esta, em legítima defesa de suas liberdade públicas (o que exclui a ilicitude da prova, por ser causa de exclusão da ilicitude), produziu a referida prova para responsabilizar o agente. Outro caso é o do

filho que realiza gravação de vídeo, clandestinamente, comprovando maus-tratos por parte de seu pai e sem o conhecimento deste. Não se pode objetivar a proteção da intimidade do pai agressor, pois este, anteriormente, desrespeitou a dignidade e incolumidade física de seu filho, que, em legítima defesa, produziu a referida prova. (MORAES, 1998, p. 261).

Neste sentido foi o voto do min. Moreira Alves, no *Habeas Corpus* 74.678-1/SP:

*“seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta, sim, merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa”.* (STF, 1997).

Tal flexibilização não importa em ofensa ao princípio constitucional da igualdade das partes, pois a acusação dispõe de recursos mais amplos que o réu.

*“Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial (material). O raciocínio é hábil, e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefão’ local”.* (MOREIRA, 1997, p. 128).

Antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido três casos eliminando as interceptações telefônicas clandestinas, posição que

foi corroborada com a advento da Carta Magna de 1988. Duas destas decisões são referentes ao processo civil determinando o desentranhamento, dos autos, de fitas gravadas clandestinamente, respectivamente em 11/nov./1977 e 28/jun./1984 e a terceira é relativa ao processo penal, determinando, o STF, trancamento de inquérito policial que se baseou em interceptação telefônica realizada por particulares, esta em 18/dez./1986.

Os tribunais têm aplicado o dispositivo constitucional e o STF tem mantido sua posição de não admissão de provas ilícitas, como se pode deferir do HC-69.912/RS, julgado em 30/jun./1993 e no julgamento da ação penal 307-3/DF, contra o ex-presidente Collor e Paulo César Farias. (STJ, Rel. min. Ilmar Galvão, j. 07/dez./1994, DJU 13/out./1995)

Urge ressaltar o caráter relativo do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas. Contudo, este caráter relativo só pode ser validamente aplicado no caso concreto, em que se saberá qual interesse se sobreporá aos demais (princípio da proporcionalidade). Cite-se, aqui, a sábia colocação do mestre Celso Ribeiro Bastos: “*o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação*”. (BASTOS; MARTINS, 1089, p. 273).

Diante disto, fica claro que as provas ilícitas, em regra, não são admitidas no processo, por configurarem violação às garantias individuais resguardadas pela Carta Magna Republicana. Todavia, quando no caso concreto houver conflito entre direito igualmente garantidos pela Constituição, dever-se-á decidir pelo que realizará justiça social, prestigiando-se sempre o interesse público.

A Constituição estabelece, expressamente, que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, mas não expõe a consequência da contrariedade de tal mandamento. Todavia, os princípios gerais sobre a atipicidade constitucional abraçaram a árdua tarefa de orientar o intérprete.

É cediço que a desobediência a um mandamento constitucional acarreta, como sanção, no mínimo, nulidade absoluta. Logo, a aceitação de uma prova ilícita no processo importaria, no mínimo, sua nulidade absoluta, não podendo servir como fundamento de decisão judicial.

Ada Pellegrini Grinover leciona que “as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas.

Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineeficácia”. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 141).

As provas irregularmente admitidas no processo não poderão ser apreciadas em nenhuma instância, pois não têm existência jurídica, e deverão ser desentranhadas dos autos, conforme já determinou o Supremo Tribunal Federal (Informativo STF nº 41). Entretanto, a não admissão de provas ilícitas pelo STF não tem o condão de gerar a nulidade de todo o processo, pois, como ressalta o ministro Moreira Alves, a previsão constitucional não afirma “que são nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos” (voto do Min. Moreira Alves, no HC-69.912/RS, DJU 25/mar./1994).

Poderemos identificar três situações relativas à sentença que se baseou em prova viciada pela ilicitude do meio com que foi obtida:

- a) Se a sentença transitou em julgado será nula e poderá ser desconstituída por revisão criminal;
- b) Se se tratar de “habeas corpus”, o tribunal anulará a sentença e determinará o desentranhamento das provas viciadas;
- c) Se a sentença foi pronunciada por Júri, esta questão desdobra-se em dois casos:

1º) A decisão se apoiou na prova ilícita poderá ser reformada por recurso ou anulada por “habeas corpus”. Neste último caso, não sendo impetrado o remédio constitucional, o juiz presidente não tomará qualquer providência, sendo, porém, o veredito dos jurados, inevitavelmente, nulo.

2º) Se, apesar de estar inserida no processo, a prova ilícita não foi levada em consideração na pronúncia, o presidente ordenará seu desentranhamento antes que os jurados dela tomem conhecimento. Observe-se que, se a ela se fizer qualquer referência no plenário, o juiz deverá dissolver o Conselho de Sentença.

Se a sentença se basear em prova obtida por meio ilícito, será nula, todavia, não o será se o juiz a motivar em razões que provem que ela não foi a única prova que fundamentou sua decisão ou que chegaria ao mesmo convencimento independentemente da sua existência. Esta a orientação do Supremo no HC-73.461 (Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Galotti, julgado em 11/jun./1996, DJ 13/12/1996):

“se as provas que serviram de base à sentença e ao

*acórdão foram obtidas sem auxílio dos elementos informativos fornecidos pela escuta telefônica, não há falar em nulidade da condenação. Hipótese em que não se aplica a doutrina dos ‘frutos da árvore envenenada’ ”.* (INFORMATIVO STF, 10-14 jun. 1996).

Cite-se o voto do Min. Ilmar Galvão, afirmindo a interceptação telefônica, *in casu*, como subsidiária e ineficaz, não sendo possível atribuir-lhe o poder de invalidar o processo e consequentemente a sentença condenatória.

Corrobora este entendimento o expresso a seguir:

*“Ementa: Habeas Corpus. Prova Ilícita. Escuta Telefônica. ‘Fruits of the poisonous tree’. Não-acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial.”<sup>3</sup>*

Sendo a prova vedada, entretanto, fundamento da decisão, impossível é a aceitação do processo, salvo em benefício da defesa, pois há que se prestigiar o bem de interesse público consistente na paz social.

Posto isto, é evidente a dificuldade de se chegar a conclusões definitivas a respeito da efetividade da inadmissão das provas ilícitas, que só poderá ter orientação fixa diante do caso concreto, no qual será sopesado o interesse que deverá prevalecer, bem como as circunstâncias em que a respectiva prova foi produzida. No entanto, é-nos possível fixar os parâmetros em que o intérprete deverá se basear quando da utilização da prova ilícita.

A decisão da Corte Suprema no HCQO-74.299/SP anulou o processo criminal, “com base no voto do relator, a partir do entendimento de que toda a persecução criminal havia resultado de escuta telefônica ilícita”<sup>4</sup>.

Diametralmente oposto foi o voto do Ministro Moreira Alves no HC-69.912/RS, j. 30/jun./1993

quando, referindo-se ao art. 5º, LVI, CF, afirma que

*“não diz esse dispositivo que são nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos. Portanto, se num processo houver provas lícitas e ilícitas, a ilicitude destas não se comunica àquelas para que se chegue à absolvição por falta de provas, ou se anule o processo pela ilicitude de todas as provas produzidas”.*

Desta forma, em que pese o posicionamento divergente do Supremo Tribunal Federal, entendemos que, existindo provas ilícitas, o processo não será integralmente anulado, mas apenas os atos que se pautaram em tais provas. Tornar imprestável todo o feito fere, frontalmente, o princípio da economia processual, pois os atos praticados de forma regular serão inutilizados e, posteriormente, refeitos, ocupando a máquina judiciária e prejudicando a celeridade processual, uma vez que não há vedação que impeça o aproveitamento dos atos não praticados com fulcro na prova ilicitamente obtida.

## Prova ilícita por derivação

Outra questão geradora de acirradas controvérsias é a relativa à prova ilícita por derivação, devendo-se analisar se, existindo no processo uma prova ilícita, apenas esta será excluída ou se todas as provas obtidas em decorrência desta serão invalidadas.

*“O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma ilícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer as circunstâncias que, licitamente colhidas, levem à apuração dos fatos.”* (AVOLIO, 1995, p. 66-67).

É o caso, v.g., da interceptação telefônica, sem autorização judicial, através da qual a polícia descobre um esquema de tráfico de drogas com nomes de envolvidos, local que o objeto do crime será repassado etc. A gravação, sem dúvida, constituiria prova ilícita

<sup>3</sup> Cf. HC-74.599/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 03/dez./1996, DJU 07/fev./1997.

<sup>4</sup> Cf. 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13/maio/1997, DJU 15/ago./1997.

e seria excluída do rol probatório do processo. Mas o flagrante dos envolvidos no delito seria válido? Entendemos que não, pois o bem jurídico tutelado (a intimidade) seria, igualmente, atingido e, além disso, a interceptação não teve fulcro em ordem judicial.

Isso decorre do fato de que “a regra da exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação constitucional”.(GOMES FILHO, 1999, p. 264). É a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, doutrina de procedência norte-americana segundo a qual, se não for possível o acesso a outras provas, sem o apoio da prova ilícita, as demais ficam contaminadas pela ilicitude desta, i.e., o vício de origem se transfere para as demais provas.

Entretanto, a admissão dessa teoria não constitui proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita, visto que tem encontrado limitações na doutrina nacional, estrangeira e pela própria Corte Suprema norte-americana, quais sejam, *independent source* (quando a prova ilícita não é absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, i.e., se entre elas não houver conexão de causa e efeito), *inevitable discovery* (quando a prova seria, inevitavelmente, descoberta por investigação legal) e *purged taint* (quando for possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial).

A Constituição Federal do Brasil não alberga qualquer previsão a respeito da prova ilícita por derivação, tendo relegado à doutrina e jurisprudência sua disciplina, só manifestando posicionamento expresso quanto à inadmissão da prova ilícita.

Deve-se ter em mente que não adiantaria existir vedações à admissibilidade de prova ilícita se, por via derivada, informações colhidas através de condutas atentatórias ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz. Assim, “decorrendo as demais provas do que é levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem.”<sup>5</sup>

A existência de uma prova ilícita no processo não anula todo o feito, como bem ressaltou o ministro Moreira Alves no HC-69.912-0/RS, DJU 25/mar./1994, no qual o STF decidiu, por força dos votos dos ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira

Alves, pela admissibilidade das provas derivadas das ilícitas.<sup>6</sup> Não sendo admitidas tais provas, será mister demarcar as consequências da inadmissibilidade, determinando se todas as provas que dela procederam serão contaminadas ou se apenas a prova obtida com infringência ao direito material será excluída.

*“As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.”<sup>7</sup>*

O julgamento do referido HC-69.912/RS, inicialmente, indeferiu a ordem por maioria de 6 votos a 5, entendendo que a ilicitude da prova ilícita não se comunica às provas derivadas. Este julgamento foi, posteriormente, anulado pela declaração de impedimento de um dos ministros. Realizado novo julgamento, a ordem foi deferida pelo empate, já que o Regimento Interno do STF (art. 150, §3º) determina que o empate favorece o paciente, decidindo-se, portanto, pela contaminação das provas derivadas das ilícitas (teoria dos frutos da árvore envenenada). *In verbis:*

*“... Não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (ms 21.750, 24.11.93, velloso); consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações*

<sup>5</sup> Cf. HC-74.299/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/ago./1997, DJ 15/ago./1997.

<sup>6</sup> Cf. HC-69.912/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j. 30/jun./1993, DJU 26/out./1993.

<sup>7</sup> Cf. HC-72.588/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12/jun./1996, DJU 04/ago./2000.

*obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente.”<sup>8</sup>*

Esta é a mesma orientação inserta no julgamento do HC-72.588/PB, *ipsis litteris*:

*“... 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.”<sup>9</sup>*

Com a aposentadoria do ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita, e com a participação do ministro Maurício Corrêa, o Plenário do STF inverteu a antiga maioria (6x5), adotando a comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem (teoria dos frutos da árvore envenenada). Assim, “pela apertada margem de um voto, a atual posição do Supremo Tribunal Federal é pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação” (CAPEZ, 2001, p. 32), sendo suficiente, v.g., a aposentadoria de um ministro favorável à inadmissão de tais provas para que o posicionamento jurisprudencial possa se alterar.

Diante de todas estas considerações, questiona-se se a doutrina dos frutos da árvore venenosa não ampliaria as perspectivas, para infratores atuais e potenciais, de escapar às sanções cominadas em lei, gerando uma onda de impunidade devida à expansão da criminalidade organizada. Esta é, sem dúvida, uma questão muito difícil de responder. Todavia, não se deve olvidar a colocação do mestre José Carlos Barbosa Moreira que ressaltou:

*“a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico – combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional,*

*conforme ressalta da inclusão do ‘tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins’ entre os ‘crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia’ (art. 5º, nº XLIII)”. (MOREIRA, 1997, p. 134).*

Posto isto, está claro que as provas obtidas em decorrência de prova ilícita serão contaminadas pela ilicitude inicial, razão pela qual não poderão ser utilizadas no processo. Entretanto, entendemos que, embora a jurisprudência assim nos conduza, esta não é uma orientação absoluta, em razão do pré-falado princípio da proporcionalidade, que, aplicado ao caso concreto, poderá evidenciar a necessidade de utilização das provas decorrentes das ilícitas. Portanto, se em casos excepcionais a prova ilícita pode ser admitida, por força do princípio da proporcionalidade, por óbvio, as provas que dela decorrerem também poderão sê-lo se estiverem caracterizadas as mesmas circunstâncias excepcionais que autorizam a aceitação daquelas.

## Conclusões ou os limites da interceptação

Desde o autoritarismo, o telefone deixou de ser um meio seguro de comunicação, apesar de imprescindível às relações humanas.

A cada dia, surgem novos aparelhos e técnicas de interceptação de comunicações. Com o surgimento da telefonia móvel, o celular passou a ser alvo fácil de gramos. Isto é tão evidente que as operadoras já se preocupam em buscar mecanismos que protejam seus clientes de gramos e clonagens, tão comuns neste tipo de telefonia.

Já existem anúncios no mercado de aparelhos anti-grampo, que detectam interceptação na linha telefônica. Existe, até, um aparelho misturador de vozes capaz de impedir, ou pelo menos dificultar, em muito, a crescente espionagem, pois funciona através da codificação de vozes, que só são descriptografadas (decodificadas) quando chegam ao destinatário. Assim, se a linha for monitorada, o captador só terá acesso a sinais confusos e incomprensíveis.

Mas não é a telefonia o único alvo dos “curiosos”. O incontível avanço da era digital trouxe à tona a expansão da Internet e, com ela, a interceptação de e-mails, inclusive através de um programas que captam

<sup>8</sup> Cf. HC-69.912-0/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/dez./1993, DJU 25/mar./1994.

<sup>9</sup> Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 12/jun./1996, DJU 04/ago./2000.

correspondências eletrônicas por palavras-chave pré-determinadas.

A expansão da tecnologia deveria trazer paz e tranquilidade, oferecendo meios para se viver mais confortavelmente. Ao contrário, tais avanços têm dado vazão a violações da intimidade, predominando entre os cidadãos um clima de insegurança e desconfiança, pois qualquer pessoa pode adquirir um aparelho de captação de conversas. Todos são suspeitos.

Todos os direitos constitucionalmente consagrados. Somos seres humanos, e, como tais, devemos ser respeitados.

A todas as atividades devem ser impostos limites, o que só pode ser feito pelas autoridades competentes. A estruturação de uma política de combate ao grampo é a perspectiva inicial para evitar a devassa absurda e ousada da vida privada alheia, inibindo a ação e expansão dos bisbilhoteiros de plantão.

## Referências

- AVOLIO, L. F. T. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2 v.
- CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FREGADOLLI, L. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, L. F.; CERVINI, R. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, A. M. Proibição das provas ilícitas na constituição de 1988. In: MORAES, A. de. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 249-266.

GRECO FILHO, V. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, A. P. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, J. C. B. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 337, p. 125-134, jan./mar. 1997.

Data do Aceite: 2005