

## ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

**Admissibility of illicit evidence in brazilian criminal proceedings: wiretapping and the inevitable discovery exception**

Carolina Leandro de Almeida<sup>1</sup>

Paulo Henrique Tavares da Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo trata da interceptação telefônica obtida por meios ilícitos, em termos da possibilidade de admissão dessa prova no processo penal brasileiro, com possível exceção através da teoria da descoberta inevitável, tomado o caso concreto. Inicialmente, serão apresentados conceitos pertinentes ao entendimento da discussão, bem como as teorias que permeiam os principais temas relacionados. Após a construção teórica, dá-se a integração das matérias tratadas, aplicadas à discussão da temática principal em torno do recorte específico, da hipótese de admissibilidade da interceptação telefônica ilícita, especialmente baseada na teoria da descoberta inevitável. Para tanto, será apresentado e discutido caso específico derivado de jurisprudência selecionada da corte superior.

**Palavras-chave:** Interceptação telefônica. Provas ilícitas. Teoria da Prova. Processo criminal brasileiro. Teoria da Descoberta Inevitável.

**Abstract:** *This article addresses the issue of wiretapping obtained by illicit means in terms of its admissibility as evidence in Brazilian criminal proceedings, with a possible exception through the inevitable discovery doctrine, taking a concrete case as an example. Initially, concepts relevant to understanding the discussion will be presented, as well as the theories that permeate the main related themes. After the theoretical construction, the treated matters are integrated, applied to the discussion of the main theme around the specific cut, of the hypothesis of admissibility of illicit wiretapping, especially based on the inevitable discovery doctrine. For this purpose, a specific case derived from selected jurisprudence of the superior court will be presented and discussed.*

---

<sup>1</sup> Autora. Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: almeida.carol.jur@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5958061769075275>

<sup>2</sup> Orientador. Doutor e Mestre pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: phsilva13@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8783276658095596>

**Keywords:** *Wiretapping. Illicit evidence. Theory of evidence. Brazilian criminal procedure. Inevitable Discovery Exception.*

**Sumário:** 1 Introdução — 2 A Teoria da Prova no direito processual brasileiro; 2.1 O conceito de prova ilícita; 2.1.1 O conflito entre a verdade processual e as garantias individuais; 2.1.2 Exemplos de provas ilícitas; 2.1.3 As teorias vinculadas à admissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasileiro; 2.1.3.1 A teoria da descoberta inevitável — 3 A Interceptação Telefônica; 3.1 O conceito de interceptação telefônica; 3.2 Garantias relacionadas à ilicitude da interceptação; 3.3 Condições de ilicitude das interceptações telefônicas; 3.4 Da exceção da ilicitude à admissibilidade das interceptações telefônicas ilícitas pela descoberta inevitável — 4 Estudo de caso: a teoria da descoberta inevitável aplicada à Interceptação Telefônica na Jurisprudência — 5 Considerações Finais — Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, dispõe, mediante redação na Constituição de 1988, sobre a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (Brasil, 1988, art. 5º, LVI).

É certo que tal proposição gerou repercussões no estabelecimento do direito processual penal brasileiro. Todavia, é possível constatar a existência de exceções ao preceito constitucional no âmbito de aplicação e discussão da ciência.

Assim, surge a seguinte questão: é legítimo, por parte dos julgadores, na aplicação prática do Direito, considerar exceções à admissibilidade dos meios de provas ilícitas? Em caso positivo, quais seriam os parâmetros compreendidos para estabelecer os limites de possíveis discricionariedades no âmbito de um sistema positivado?

A hipótese é que se considera legítima a admissibilidade das provas ilícitas em certos casos, sem a necessidade da arbitrariedade ou desatendimento à Constituição, quando há fundamentos igualmente basilares e justificáveis derivados dos preceitos jurídicos.

A presente pesquisa tem por finalidade responder às questões levantadas no âmbito da espécie de prova interceptação telefônica, buscando solucionar o problema sugerido através do delineamento dos objetivos que serão expostos a seguir.

O objetivo geral é contribuir para o desenvolvimento científico através da análise dos fenômenos jurídicos retratados e a publicidade aos interessados da área para o conhecimento e discussão pela comunidade acadêmica.

Constituem objetivos específicos a organização e síntese útil ao estudo das provas ilícitas no Direito Penal, especialmente no que se refere ao embasamento e conceituação doutrinária da teoria da descoberta inevitável, a investigação do fenômeno da interceptação telefônica em relação aos demais meios de prova e o exame do grau de legitimidade das decisões envolvendo a recepção desse tipo de prova no caso concreto.

Seu fundamento encontra-se na necessidade de conhecimento para a efetivação e aplicação do direito. É a partir do retorno às bases legais e doutrinárias da construção do Direito que é possível verificar, ou não, a aplicação justa e condizente da norma no atual ordenamento jurídico.

A partir da busca, investigação, análise e avaliação da aplicação das provas ilícitas no Direito Processual Penal, foi possível verificar e relacionar a fundamentação teórica das provas à jurisprudência e chegar à conclusão da aplicação ou não ao caso concreto.

A linha de raciocínio adotada no desenvolvimento do trabalho, a saber, o método de abordagem, será o método sistêmico, através do qual serão analisados o conjunto de normas e teorias que regem o sistema em disposição, em aplicação através da leitura jurisprudencial corrente, isto é, que incidirá em um caso jurisprudencial relacionado ao tema.

Já o método de procedimento utilizado será comparativo, em relação às visões e teorias apresentadas com o estudo de caso, isto é, com o estudo de decisão colegiada em corte superior, instituto jurisprudencial. Acerca do método de interpretação, será contemplado o método sistemático, a compreensão do Direito como um sistema ordenado e hierarquizado.

Ainda, a pesquisa se configura da seguinte forma: quanto à natureza, é qualitativa e mista, no sentido de mesclar a teoria com a sua aplicação prática; quanto aos objetivos, descritiva; quanto aos procedimentos, documental; quanto ao objeto, bibliográfica e documental.

O procedimento adotado será, nesta ordem, conceituação, análise das teorias e observação da aplicação jurisprudencial em um caso concreto.

## **2 A TEORIA DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

*A priori*, faz-se necessário situar a discussão acerca das provas no Direito Processual Penal, ramo do direito público, caracterizado como direito adjetivo ou formal, que apresenta, como principal objeto de estudos, o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (ou Código de Processo Penal).

Vale destacar que, dada a importância da matéria no âmbito processual, o Código de Processo Penal (CPP) reservou o Título VII, intitulado “Da Prova”, que abrange os arts. 155 a 281, no qual é possível verificar a maior parte da fundamentação legal no que concerne às provas. Acerca do conceito de prova, pontua Nucci:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (Nucci, 2024, p. 357).

Outrossim, são admitidos alguns sentidos nos usos da palavra. Bonfim elenca três acepções da palavra. A primeira, refere-se à atividade das partes com o intuito de demonstrar a veracidade das alegações no processo. A segunda, aos meios ou instrumentos utilizados para comprovar a afirmação referente aos fatos. Por fim, o termo “prova” pode fazer referência ao resultado final da atividade probatória (Bonfim, 2024, p. 270).

O sentido a ser adotado no presente estudo das provas é justamente o de prova como meio ou instrumento utilizado, no caso em específico, no que se refere à interceptação telefônica como prova potencialmente ilícita.

## 2.1 O CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A doutrina clássica, por sua vez, costumeiramente tende a diferenciar a prova ilegítima da prova ilícita (Bonfim, 2024, p. 276).

Nesse sentido, torna-se primordial elencar a distinção entre prova ilegal, prova ilegítima e prova ilícita. Teixeira (2009, p. 163-164) traça essa distinção em comum entendimento de autores, como Bonfim (2024, p. 276-278), se distanciando de forma explícita do entendimento de Nucci (2023, p. 612), referenciando-o.

Segundo a advogada, especialista em Direito Penal e Processual Penal, ao contrário do que teria postulado o doutrinador, a prova ilícita seria uma espécie de prova ilegal que, por sua vez, subdividir-se-ia em provas ilícitas, provas ilegítimas e provas ilícitas por derivação.

No viés acatado pela autora, as provas ilícitas se aproximam de uma violação material que ocasiona, direta ou indiretamente, uma ofensa a garantia ou a princípio constitucional, enquanto as provas ilegítimas seriam “produzidas frente a uma violação de uma norma processual, sem afrontar direta ou indiretamente preceitos constitucionais” (Teixeira, 2009, p. 164).

Gomes Filho (2010, p. 4), por sua vez, pondera que a controvérsia, nos diferentes posicionamentos acerca da definição de prova ilícita, deriva da reforma do Código de Processo Penal, pela edição da Lei nº. 11.690/2008. Segundo ele, o novo *caput*, do art. 157, estabelecido, forneceria uma definição do entendimento que deveria permear o conceito das provas ilícitas.

Eis o referido dispositivo legal, *in verbis*: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Brasil, 1941).

#### 2.1.1 O conflito entre a verdade processual e as garantias individuais

Theodoro Jr. (1999, p. 7) enfatizou a crescente valorização do princípio da verdade real. Àquela época, a verdade real já obtinha uma aceção de ideal inatingível, mas prevalecia o entendimento da dicotomia pela verdade formal e pela material.

Por outro lado, o conceito foi superado, como apresenta Cecarelli (2011, p. 19-23), de forma que a aparente dicotomia foi subjugada pela concepção da verdade processual. Nesse contexto, o entendimento da função da prova ilícita no âmbito criminal ganha especial relevância.

Todavia, é necessário atentar para questões cruciais que permeiam a discussão, dentre as quais há de se referenciar o quesito da proteção aos direitos individuais fundamentais da Constituição de 1988.

Afinal, há a garantia Constitucional pela não utilização das provas consideradas ilícitas no devido processo legal. A garantia está intimamente ligada à proteção de direitos e se faz de suma importância para a segurança jurídica da sociedade, dessa forma encontra escopo na aplicação prática do ideal de justiça.

De Oliveira Carvalho e Dezem (2019, p. 17) enfatizam a abordagem levantando a questão constitucional acerca da relação entre a verdade processual e as garantias constitucionais que embasam a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Segundo os autores, a busca pela verdade processual não pode ser considerada absoluta, apesar de assegurados pelos princípios constitucionais, pois encontram limites na própria constituição, através da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Do exposto, tem-se que a busca pela verdade processual é passível de eventual contraposição, a depender do caso, pelas garantias constitucionais vinculadas à inadmissibilidade das provas ilícitas, a exemplo da proibição de provas mediante tortura, pela atenção ao princípio da dignidade humana.

### 2.1.2 Exemplos de provas ilícitas

Avena (2023, p. 454) traça alguns exemplos de prova ilícita, dividindo-os em duas categorias. A primeira corresponde às provas ilícitas decorrentes de afrontamento direto do texto constitucional.

Correspondem a essa categoria e aos respectivos dispositivos constitucionais, a interceptação telefônica, realizada por terceiro sem ordem judicial, a violação de correspondência lacrada, em oposição à garantia da inviolabilidade estabelecida pelo art. 5º, XII, e a busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, em violação ao art. 5º, X, que inclui a garantia à inviolabilidade da vida privada (Avena, 2023, p. 454).

Por outro lado, em afrontamento indireto à Constituição, em violação direta ao que dispõem dispositivos infraconstitucionais, tem-se o interrogatório judicial do réu sem a presença de advogado, que viola diretamente o art. 185, do CPP, e indiretamente o art. 5º, LV, da CF, além do interrogatório do réu sob coação, que viola diretamente o direito ao silêncio disposto no art. 186, do CPP e indiretamente ao art. 5º, LXIII, da CF (Avena, 2023, p. 454).

### 2.1.3 As teorias vinculadas à admissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasileiro

O estudo da prova no direito processual penal brasileiro comporta algumas teorias pelas quais se considera a admissibilidade ou não das provas tidas por ilícitas, caso a caso, quando na presença de determinadas circunstâncias ou elementos.

A primeira, e mais conhecida teoria, refere-se à teoria da contaminação das provas derivadas das ilícitas. Conhecida como a teoria dos frutos da árvore envenenada, é derivada da aplicação da teoria norte-americana *fruits of the poisonous tree* (Avena, 2023, p. 459) e foi recepcionada pelo ordenamento jurídico a partir da edição da Lei nº 11.690/2008.

Encontra-se expressa no art. 157, §1º, do CPP, *in verbis*: “§ 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” (Brasil, 1941).

Dessa forma, tem-se que as provas derivadas das provas ilícitas são inadmissíveis e, assim como a prova ilícita originária, devem ser desentranhadas dos autos.

Outrossim, no trecho de citação em epígrafe, verifica-se a presença da considerada limitação à teoria da derivação. Trata-se da exceção pela fonte independente. Através dessa teoria, considera-se que, se a prova obteve fonte diversa da acometida pela ilicitude, esta tem origem independente e deverá ser considerada.

Todavia, cabe um adendo. Capez (2024, p. 230) pontua uma observação, ponderando que a regra da limitação pela fonte independente seria supérflua, desnecessária, pois a teoria da exceção da fonte independente presumiria a independência da causa geradora da prova, constituindo-se, desde a origem, sem relação à derivação da fonte.

A outra limitação que se considera à teoria da derivação é a descoberta inevitável, que será tratada especificamente no tópico posterior, por compreender a matéria específica à análise proposta no presente artigo.

Pois bem, a esta altura, vale destacar que as teorias até aqui expostas, como demonstrado, estão vinculadas em lei, tendo uma ampla utilização e reconhecimento pela jurisprudência, como demonstrado no trecho a seguir, retirado do julgamento do Habeas Corpus (HC) 559264/MA (nº 2020/0021172-6) pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*:

1. “A teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree) e a doutrina da fonte independente (independent source doctrine) são provenientes do mesmo berço, o direito norte-americano. Enquanto a primeira estabelece a contaminação das provas que sejam derivadas de evidências ilícitas, a segunda institui uma limitação à primeira, nos casos em que não há uma relação de subordinação causal ou temporal (v. *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 US 385, 40 S Ct 182, 64 L. Ed. 319, 1920 e *Bynum v. United States*, 274, F.2d. 767, 107 U.S. App D.C 109, D.C.Cir.1960)” (RHC n. 46.222/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3/2/2015, DJe de 24/2/2015). 2. O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, exceto se de produção independente ou de descoberta inevitável, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. (Brasil, 2022).

Adiante, tem-se a considerada relativização da vedação à prova ilícita, que se daria através do princípio da proporcionalidade (Bonfim, 2024, p. 284).

Avena (2023, p. 454) organiza essa proporcionalidade em dois momentos. O primeiro, trata-se do caso em que as provas ilícitas são consideradas quando favorecem o réu. Já o segundo concerne à hipótese de admissão das provas ilícitas em favor da sociedade, não aceita pela maioria doutrinária e jurisprudencial.

Ademais, a doutrina contempla outras teorias e exceções. Dentre essas, Capez (2024, p. 231) chega a elencar a serendipidade, que é o encontro fortuito das provas quando, da investigação de um crime, encontram-se elementos probatórios de outro.

Já Avena (2023, p. 459) trata o fenômeno da limitação da contaminação expurgada, hipótese em que fato posterior afastaria o caráter da ilicitude de uma prova que previamente fora considerada como contaminada.

Tem-se, daí, apresentado o conjunto das teorias e aspectos considerados na teoria da prova, em especial no que tange às provas ilícitas. Agora, cabe a análise do conceito a ser aplicado *in casu*, pelo delineamento da teoria da descoberta inevitável.

#### 2.1.3.1 A teoria da descoberta inevitável

A teoria da descoberta inevitável pressupõe que a prova poderá ser admitida nos casos em que os fatos seriam alcançados de qualquer forma, ou seja, em que as investigações eventualmente levariam à conclusão da prova anterior.

Entretanto, surge um critério que levanta importantes indagações acerca da matéria. Lopes Jr. (2024, p. 468) destacou que, enquanto a teoria da fonte independente estaria expressamente disposta em lei, o mesmo fenômeno não se daria na teoria da descoberta inevitável.

Isso pois a teoria da descoberta inevitável não possui referência explícita na lei, sendo incluída no ordenamento jurídico através da jurisprudência. Nesse sentido, o próprio autor ponderou que “a Corte Suprema entendeu que a carga de provar que a descoberta era inevitável é inteiramente da acusação” (Lopes Jr., 2024).

Ora, a partir disso, deve-se considerar a importância da análise jurisprudencial no que se refere à descoberta inevitável em relação às modalidades de cada prova ilícita, de forma a compreender a dimensão de seu uso no ordenamento jurídico.

### 3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica encontra-se regulada pela Lei nº 9.296/1996, que, por sua vez, consoante sua ementa, “regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal” (Brasil, 1996), ou seja, possui referência constitucional direta, além de lei própria, sendo o tema de suma importância.

### 3.1 O CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Adiante, cabe demonstrar a diferenciação entre alguns elementos distintos da interceptação telefônica para que se delimite e compreenda o objeto da discussão. Nesse sentido, Macedo e Nascimento (2022, p. 14) são pontuais e elencam as seis definições a seguir.

A primeira, a interceptação telefônica em sentido estrito, segundo os autores, refere-se à captação da comunicação por um terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores, como no caso de um policial, externo às conversas entre supostos cúmplices.

A escuta telefônica, por sua vez, de modo semelhante, é a escuta por um terceiro. Todavia, com a ciência de um dos locutores, comum em algumas tramas cinematográficas, seria o caso de algum combinado ou até emboscada para o envolvido.

Tem-se, ainda, a gravação telefônica ou clandestina, que é a gravação realizada por um dos próprios comunicadores, normalmente sem a ciência do outro, semelhante à gravação ambiental.

Por último, tem-se a interceptação ambiental e a escuta ambiental. Tratam-se de captações realizadas no próprio ambiente; a primeira, sem o consentimento de um dos comunicadores; a segunda, com o consentimento de um deles.

Deve-se, portanto, considerar a diferenciação dos objetos apresentados, a fim de considerar a interceptação, em sentido estrito, quando há a captação da comunicação telefônica de um terceiro, sem a ciência dos dois locutores envolvidos, como objeto da presente análise.

### 3.2 GARANTIAS RELACIONADAS À ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO

A ilicitude da interceptação telefônica arbitrária está fundamentada no art. 5º, XII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Decorre que, tomado o dispositivo constitucional, é possível vincular às circunstâncias da ilicitude da interceptação telefônica os princípios e garantias individuais que se relacionam à privacidade, à honra e, no cerne, à dignidade humana.

Dispõe Castro (2015, p. 42) que a admissibilidade das interceptações telefônicas deve observar o princípio da razoabilidade, no sentido de se extirpar uma gravação clandestina que apresente grave violação à intimidade.

Assim, depreende-se que o aspecto da ilicitude na interceptação telefônica encontra-se, inclusive, intimamente ligado a questões de direitos materiais envolvendo garantias constitucionais fundamentais.

### 3.3 CONDIÇÕES DE ILICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Lopes e Jordace (2021, p. 12) esclarecem que, tomada a Lei nº 9.296/96, há hipóteses legais e previamente definidas de condições em que a interceptação telefônica constitui-se lícita, isto é, em que, atendidos os requisitos, esse tipo de prova será recebido normalmente, da forma expressa em lei.

Nesse contexto, estabelecem os autores que, atendidos os requisitos elencados pela lei supracitada, a partir da presença das exigências mínimas dispostas na Constituição, a saber, a presença da autorização judicial e a destinação da interceptação telefônica à investigação criminal, constitui prova lícita e admissível (Lopes e Jordace, 2021, p. 16-17).

Do contrário, inobservados os requisitos legais, a interceptação telefônica será considerada crime, como previsto no art. 10 da Lei nº 9296, *in verbis*: “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei” (Brasil, 1996).

Portanto, tem-se que a interceptação telefônica não é, em essência, ilícita. Todavia, em determinadas circunstâncias, como no caso do desatendimento às proposições do dispositivo legal, como o rol do art. 2º da lei em comento, assim o seriam, sendo inadmissíveis:

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

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

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

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (Brasil, 1996).

É importante salientar que o presente artigo se limita à análise da hipótese em que a interceptação telefônica é considerada prova ilícita. Assim, não será discutida a possibilidade de exceção da ilicitude no estudo de caso que se analisa a seguir.

#### **4 ESTUDO DE CASO, A TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL APLICADA À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA JURISPRUDÊNCIA**

Considerando todo o exposto, conceitos e teorias apresentadas até o presente, torna-se viável a apreciação da decisão a seguir como forma de verificar a aplicação dos conceitos trabalhados, bem como a verificação da possibilidade da admissibilidade da prova tida como ilícita no processo em concreto.

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DE TEXTO CONSIDERADAS ILÍCITAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). NÃO INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVA INDEPENDENTE E VÁLIDA. RECONHECIMENTO DO RÉU. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. DESCOBERTA INEVITÁVEL. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. SÚMULA 7/STJ. INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA O ÉDITO CONDENATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável). 2. No caso, o Tribunal de origem destacou que “as gravações utilizadas pela Magistrada para embasar a condenação são lícitas e não foram contaminadas pelas obtidas posteriormente ao prazo autorizado”. Ressaltou, também, que a apreensão da droga (3,188kg de cocaína), fornecida pelo recorrente, é válida “porque ela decorreu da interceptação telefônica judicialmente autorizada nas linhas de telefonia móvel de Hudson e seu comparsa Mario, por meio das quais eles foram flagrados negociando a compra e recebimento da droga com o réu Leandro”. 3. Quanto à identificação do recorrente, o Tribunal de origem afirmou que, embora inicialmente ela tenha sido revelada a partir do encontro dele com o Hudson, de conhecimento pelos policiais civis em decorrência da troca de mensagens de texto não autorizadas judicialmente, a existência de outras interceptações telefônicas, nas quais aparecem negociando a venda e entrega do entorpecente, inevitavelmente, conduziria ao seu reconhecimento, razão pela qual não há se falar em nulidade. 4. “Dessarte, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual é assente no sentido de que a prova ilícita não contamina as provas produzidas por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável” (AgRg nos EDcl no AREsp 1.028.304/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018). Ademais a desconstituição de tal conclusão, assim como para afastar a incidência da teoria da descoberta inevitável demanda o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, inviável em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 5. O pedido absolvição

por insuficiência de prova também encontra óbice na Súmula 7/STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”) 6. Recurso especial não provido. (Brasil, 2018, p.1).

Do que se deduz do caso em análise, em especial a partir do relatório que consta na decisão de inteiro teor, a defesa teria apontado violação dos arts. 157, §1º, 153, § 1º, e 386, V e VII, do CPP, argumentando, em suma, “que as provas utilizadas para o édito condenatório são inválidas porque derivadas de interceptações telefônicas e de mensagens de celular declaradas ilegais pelo Tribunal de origem”, requerendo que o processo fosse declarado nulo a partir da primeira interceptação ilícita ocorrida, para que o recorrente fosse absolvido por total falta de prova (Brasil, 2018, p. 3).

Todavia, em sede de voto, o relator teria apontado para a suficiência das interceptações lícitamente consideradas, usando, no caso das mensagens que teriam dado ciência aos policiais, mesmo que não autorizadas judicialmente, a tese de que, eventualmente, as demais interceptações telefônicas judicialmente autorizadas levariam ao reconhecimento das circunstâncias, *in verbis*:

Quanto à identificação do recorrente, ressaltou o Tribunal de origem que, embora inicialmente ela tenha sido revelada a partir do encontro dele com o Hudson, de conhecimento pelos policiais civis em decorrência da troca de mensagens de texto entre eles, não autorizadas judicialmente, a existência das mencionadas interceptações telefônicas, nas quais aparecem negociando a venda e entrega do entorpecente, inevitavelmente, conduziria ao seu reconhecimento, razão pela qual não há se falar em nulidade (Brasil, 2018, p. 8).

Assim, verifica-se a efetiva aplicação da tese da descoberta inevitável na Corte Superior no que concerne à interceptação telefônica, no caso, na troca de mensagens de texto a ser considerada.

Através da fundamentação do acórdão, contida na ementa, tem-se a menção às teorias da prova abordadas no presente artigo. Verifica-se que o relator responsável pela redação do voto fez questão de citá-las de forma a traçar a diferenciação e a opção pela teoria base, ressaltando a fonte independente em detrimento das demais no caso específico.

Diante da decisão, resta clara a aplicação da base doutrinária especificada nos capítulos anteriores, como efetivamente o reconhecimento de uma interceptação telefônica como fonte independente. As bases teóricas passam a adquirir vida na jurisprudência e, de fato, são reconhecidas com base nos conceitos construídos até então.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Ex positis*, conclui-se que a interceptação telefônica é um instrumento processual do juízo acusatório, contanto que esteja compreendida nas disposições legais abordadas neste artigo, devendo ser autorizada judicialmente para a sua aplicação, como medida excepcional, quando já não restarem outros meios.

Outrossim, na consideração da possibilidade de admissão da interceptação ilícita, deve haver uma majoração entre princípios, de forma que a razoabilidade atue e seja considerada a relevância ao máximo de cada garantia compreendida.

Quanto ao caso em análise, foi possível verificar a utilização da teoria da descoberta inevitável pelo ordenamento jurídico brasileiro, através de sua consideração pela Corte Superior, de forma que as provas tidas por ilícitas não foram desconsideradas, porquanto irrelevante sua ilicitude diante da iminente descoberta.

Dessarte, foram encontradas exceções às restrições da interceptação telefônica, não sendo um meio absolutamente lícito ou ilícito por essência e definição, pois é passível de autorização judicial para sua admissibilidade regular e deve atender aos requisitos elencados em lei.

Deve-se, entretanto, considerar que a descoberta inevitável, ao contrário do que se pretendia inicialmente nos objetivos da pesquisa, não fora aplicada na interceptação telefônica em chamada, mas no acesso não autorizado em mensagens eletrônicas, embora o recorte da ementa possivelmente tenha levado à interpretação diversa, sopesando o conceito aplicado de interceptação telefônica, ou mesmo aplicando-se a analogia, não se considera qualquer prejuízo às conclusões da análise da matéria até aqui expostas.

Por fim, deve-se destacar a relevância e atualidade da temática levantada para o desenvolvimento da Ciência do Direito, pois o fenômeno jurídico está em constante transformação pelo surgimento das demandas fáticas originadas da sociedade.

## REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 08 set. 2024.
- BONFIM, Edilson M. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [1941]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [1996]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 559264/MA**. Processo Penal. Habeas Corpus. Tráfico de Entorpecentes, Associação para o Tráfico e Lavagem de Capitais. Devassa não autorizada. Prova ilícita. Nulidade [...]. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, 9 de agosto de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202000211726&dt\\_publicacao=18/08/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000211726&dt_publicacao=18/08/2022). Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 1517138/SC**. Recurso especial. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prova. Interceptações telefônicas e de texto consideradas ilícitas pelo tribunal de origem [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 4 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500394240&dt\\_publicacao=12/12/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500394240&dt_publicacao=12/12/2018). Acesso em: 21 out. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 31. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p. 221. ISBN 9788553620821. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620821/>. Acesso em: 20 out. 2024.

CARVALHO, Stephanie Carlesso de Oliveira; DEZEM, Guilherme Madeira. **A Possibilidade de Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. In: XV Jornada de Iniciação Científica e IX Mostra de Iniciação Tecnológica, 2019, São Paulo.

CASTRO, Germano Sousa de. **A Interceptação Telefônica à Luz da Teoria da Prova**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Especialização em Direito

Constitucional e Processo Constitucional). Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015.

CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 85, p. 393, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 21 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.414. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/>. Acesso em: 20 out. 2024.

LOPES, Uelinton Damasio; JORDACE, Thiago. Interceptação telefônica e sua admissibilidade constitucional. **Revista Saber Digital**, v. 14, n. 2, p. 8-24, 2021.

MACEDO, Daniel Lemos Coelho de; NASCIMENTO, Felipe Tavares. Interceptação telefônica como meio de prova e a inviolabilidade das comunicações. **E-Acadêmica**, v. 3, n. 2, p. e4532199-e4532199, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.370. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994303/>. Acesso em: 20 out. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.53. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646838/>. Acesso em: 20 out. 2024.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Provas Ilícitas. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova—Princípio da Verdade Real—Poderes do Juiz—Ônus da prova e sua Eventual Inversão—Provas Ilícitas—Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA). **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 03, p. 5-23, out./dez. 1999.