

A REVISÃO CRIMINAL E AS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JURI



RAMALHO
ADVOCACIA

Cecílio da Fonseca Vieira Ramalho Terceiro

Advogado Criminalista na Paraíba Pós graduado em direito pela ESMAF/PB

Especialista em Ciências Criminais pela UFPE

Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim/SP

Membro do Instituto de Ciências Penais – ICP/MG

Professor de Direito e Processo Penal da Escola Superior da Advocacia da Paraíba – ESA/PB

Professor de Direito Penal da Universidade ASPER – Paraíba.

Professor de Direito Penal do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar da Paraíba – CFOPM/PB.

Cingi-se o presente trabalho a lançar algumas considerações acerca da soberania do **Tribunal do júri**, em face do confronto analítico dos preceitos ínsitos a **revisão criminal**.

È cediço que por força constitucional, os princípios norteadores do procedimento do tribunal do júri, adquirem verdadeiro estatus de garantia constitucional, quando subleva a garantia da soberania do veredicto a tal patamar.

Tem-se de logo, que as decisões daquele procedimento especial, pelo comando estampado no art. 5º inc. vv da Constituição Federal de 1988, são insusceptíveis de submissão ao crivo do que preconiza o art. 621 e ss do Código de Processo Penal, quando firma a competência da revisão criminal.

A questão centrada no presente, afunila-se se há possibilidade de aferição da validade das provas (testemunhais) carreadas ao longo da instrução, ou, ao estudo do exame probatório utilizado a respaldar o decreto condenatório, como validade processual. Tudo precedido pelo cotejamento de forma acurada ao acervo probatório utilizado a embasar o decreto prisional, a luz do que preceitua as disposições legais aplicáveis ao instituto da revisão criminal, com um único fito, a possibilidade e ou legitimidade destas provas a constituírem elemento capaz de embasar a condenação imposta.

Não rara às vezes o militante na seara penal depara-se a vários casos em que a condenação do réu baseou-se, unicamente, em depoimentos testemunhais, quando não dos famosos e odiosos “*dizem que foi ele*” ou “*comentam*” ou figuras lingüísticas utilizáveis à espécie.

Por expressa disposição normativa, constante no art. 621, I e II do Código de Processo Penal, o instrumento jurídico hábil a esmiuçar as provas processuais é o meio revisional. Senão vejamos pela leitura do citado artigo:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

E não foi por outra que o citado art. 621, II, *suso* transcrito aportou em nossa legislação penal, mas por guardar perfeita sintonia com o que dispõe a nossa Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 5º, inc. LVI, *verbis*: **Art. 5º . . . omissis . . .**

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Como é cediço o testemunho é uma das modalidades mais usuais de prova admitidas em direito.

Segundo **COUTURE** a palavra prova, etimologicamente falando, deriva do latim *proba*, ae, do verbo *probo*, denominativo de *probus*, que significa originalmente que marcha recto, bueno, honesto, *probo*, i.e., séria ou boa porque exata. A própria lei emprega-a com variedade de significações, pois consoante classificação de **F. LUSO SOARES**, prova designa, assim, e ao mesmo tempo:

- a) a atividade processual (equivalente a instrução) que se destina a demonstrar aquilo que se afirma, v.g., quando diz que, no art. 448 do CPC, antes de iniciar a instrução o juiz tentará conciliar as partes;
- b) a própria convicção da verdade adquirida pelo julgador como resultado do ato de provar, é o elemento subjetivo do conceito de prova, e.g., quando se afirma eu vou provar para o juiz o meu direito;

c) os motivos da prova, quer dizer, as causas, as razões pelas quais o julgador chegou àquela conclusão formando o seu convencimento, v.g., quando a lei obriga o magistrado a colocar na sentença os motivos, as provas que lhe formaram o convencimento, art. 131 do CPC;

d) os meios de prova, que são as fontes probantes de demonstração da verdade, ou seja, é o elemento objetivo do conceito de prova, e está esculpido no art. 332 do CPC, quando diz que todos os meios legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, e.g., a prova documental, a prova testemunhal, etc.

Também **PONTES DE MIRANDA** se manifesta sobre a distinção entre meios de prova e elementos ou motivos de prova, quando salienta que: ***"meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos da prova são os informes sobre fatos, ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios"***.

No caso em disceptação, com o advento da Carta Magna de 1988, foi encerrada a celeuma doutrinária e jurisprudencial que rondava na admissibilidade ou inadmissibilidade das provas obtidas através de meios ilícitos

ADA PELLEGRINI GRINOVER já bradava contrária à admissibilidade das provas obtidas ilicitamente, quando expunha que:

"Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido" e continua mais adiante "... é necessário a correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional" in *Liberdades Públicas e Processo Penal*, RT, 1982, p. 160.

Também, dentre inúmeros outros, **JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA**, quando diz sinteticamente que ***"a imoralidade na obtenção da prova, seja de qual grau for, a invalida inteiramente"***.

Ao se conceituar prova, deve-se ter por certo que, segundo a CF, art. 5º, LVI, não serão admitidas no processo as provas obtidas através de meios ilícitos, ou seja, os fatos alegados pelas partes só poderão ser considerados legitimamente provados se a demonstração da veracidade destes for obtida por meios admitidos ou impostos pela lei, decorrendo daí uma divisão criteriológica que visualizará a prova sob o seu aspecto objetivo ou sob o seu aspecto subjetivo.

E tal fato denota verdadeira lógica, uma vez que a finalidade precípua da prova, é revestir de elementos concretos uma convicção do Julgador, legitimando-o a auferir um juízo de valor sobre algo a que se tem de manifestar.

Portanto, se a prova apresenta mácula em sua nascença, insofismavelmente poderá influenciar o desiderato final da lide. Daí a necessidade de se apoiar somente em circunstâncias processuais legítimas e puras, para que o julgador, quando de seu pronunciamento, possa o fazê-lo da forma mais imparcial e serena possível.

Dessume-se, pois, que havendo uma manipulação da prova, há efetivamente uma agressão aos ditames impostos pelo art. 5º inc. LVI da CF/88, passível de reprimenda por este instrumento processual.

A circunstância de, com a revisão criminal, se buscar o reexame de um processo findo, sobre o qual existe sentença definitiva, passada em julgado, focaliza a necessidade de assentar o fundamento de um instituto que se erige contra a autoridade da coisa julgada, sob o pretexto de haver erro judiciário, injustiça da decisão a ser corrigida; haja vista a fórmula, por **Whitaker**, oferecida, de ser a revisão criminal um recurso em benefício de réus condenados, para ***"a reparação de injustiças e erros cometidos em sentenças passadas em julgado"***. De certo que já havendo uma sentença transitada em julgado, faz-se perfeita a coisa julgada. Mas é de se perquirir, em certos casos, a que preço estamos dispostos a arcar com a imutabilidade das decisões judiciais, pois acima do direito dos Tribunais, sobressai altaneiro e forte o direito à Justiça, pois nada poderia ser mais violentado e ferido do que a inocência do condenado conspurcada e maculada por uma injustiça que acompanharia esse condenado por toda a vida e arrastaria toda sua família ao aviltamento maior da humilhação e vergonha.

Daí é que erigi a legitimidade consubstanciada nos incs. I e II do art. 621 do Código de Processo Penal, em corrigir determinados casos.

in Introdução ao estudo da prova, RF, vol. 247, 1974, p. 39.

Júri, 6ª ed., 1930, p. 238.

Ao inciso I quando baseia-se em prova totalmente dispersa no caderno processual, pois não se pode aceitar uma prova que não esteja cabal e insofismável a exigir uma condenação ao acusado.

Neste diapasão a decisão que colide com à prova dos autos e, diante desta falsa perspectiva lança uma condenação, afronta aos preceitos emanados pelo inc. I do já citado art. 621 do CPP, resultando, pois uma agressão as provas constantes nos autos, como bem leciona **MAGALHÃES NORONHA**, para quem,

“É contra a evidência dos autos a sentença que, ao arrepio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena. Não assim a que no se apoie na versão predominante, o que está de acordo com o livre convencimento do julgador. É contra a evidência dos autos a sentença que se divorcia de todos os elementos probatórios ”

A parte final do inciso I, é de clareza solar quando dispõe que revisão dos processos findos será admitida, quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal *ou à evidência dos autos*, portanto resta latente pelo dissídio probatório.

O **Supremo Tribunal Federal**, nos autos do HC 67.872-6 de São Paulo, em hipótese idêntica ao presente asseverou:

EMENTA: HABEAS CORPUS – ACERVO PROBATÓRIO CONTROVERTIDO. PROVAS COLIDENTES.

(...)

Provas desconexas, que impedem a apreciação da espécie em hábeas corpus, visto que somente em revisão criminal poder-se-iam reexaminar tais evidencias materiais.

Hábeas Corpus denegado.

O **Superior Tribunal de Justiça**, também não discrepa deste entendimento, conforme o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. **A evidência dos autos, de que trata o artigo 621, inciso I, segunda parte, do Código de Processo Penal, pode ser positiva ou negativa, no sentido de fazer isento de qualquer dúvida não só a culpa ou a inocência do réu, mas, também, a inexistência ou a insuficiência da prova**, em nada conflitando o citado artigo 621, inciso I, segunda parte, e o artigo 386, inciso VI, da mesma lei processual, cuidando este da intensão e extensão da prova e aquele da evidência dessa intensão e extensão da prova. 2. **A evidência dos autos contrariada pela decisão alvejada na rescisória penal é a da existência, inexistência ou insuficiência da prova, acolhidas como sua matéria**. 3. Recurso não conhecido.

(STJ - RESP 228743/SP, Min. Hamilton Carvalhido, STJ, 6ª Turma)

Importante ressaltar, que mesmo em se tratando de decisões proferidas em delitos da competência do Tribunal do Júri, é possível a revisão criminal, pois a decisão revidenda não agride a soberania dos veredictos proferidos nos julgamentos pelo Tribunal de Júri, uma vez que os citados dispositivos não diferenciam procedimentos.

Há de se ter presente, ainda, que o direito a liberdade é expressamente consagrado na Carta Magna e, por encerrar direito de ordem primária têm o condão de prevalecer sobre as demais, devido a importância na escala dos valores em conflito. Sobre o tema, o **Supremo Tribunal Federal**, ao ser instado a se pronunciar nos autos do HC 67.737 oriundo do Rio de Janeiro, lançou o seguinte aresto:

EMENTA: PROTESTO POR NOVO JÚRI – NULIDADES PROCESSUAIS OCORRIDAS NO PRIMEIRO JULGAMENTO – CONSEQUENCIAS – TESTEMUNHAS EM PLENÁRIO – DESISTÊNCIA – EXAME APROFUNDADO DE PROVAS – INADIMISSIBILIDADE – REVISÃO CRIMINAL E SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI – HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

(...)

O Exame aprofundado das provas não encontra sede juridicamente adequada no processo de habeas corpus. A postulação do impetrante, que objetiva ingressar na análise, discussão e valoração da prova, será plenamente admissível na via recursal ordinária, de espectro mais amplo (RTJ 87/84 - 98/669 - 109/540 , ou , ainda, na via revisional, eis que a condenação penal definitiva imposta pelo júri é passível de desconstituição, mediante revisão criminal (RTJ 115/1114), não lhe sendo oponível a clausula constitucional da

soberania do veredicto do conselho de sentença (RT 475/352 - 479/321 - 488/330 – 548/331).(g.n.)

Já não bastasse a lúcida transcrição supra, é do **Tribunal de Justiça do Paraná** a seguinte decisão, que por ser oportuna, ora colaciono:

REVISÃO CRIMINAL – Condenação pelo tribunal do júri, mantida em sede de apelação. Cabimento do pedido revisional, com eventual possibilidade de rescisão do julgado, sem afronta ao princípio da soberania dos veredictos populares, consagrado na magna Carta da República. Princípios da liberdade e da amplitude de defesa, que se sobrepõem à soberania das decisões do júri. Pressupostos de cabimento e conceituação da via manejada não impedem ao conhecimento e rescisão de julgado. Entendimentos doutrinário e jurisprudencial. Pedido revisional conhecido e julgado procedente para absolver o sentenciado. Expedição de alvará de soltura clausulado em favor do requerente. (TJPR – Rev Crim 0113633-6 – (3446) – Barracão – G.C.Crim. – Rel. Des. Clotário Portugal Neto – DJPR 27.05.2002)

Também nessa linha são os seguintes arestos:

REVISÃO CRIMINAL – DECISÃO EMANADA DO TRIBUNAL DO JÚRI – Qualificadora que não encontra apoio na prova dos autos – Desclassificação do crime para homicídio simples – Adequação da pena nos moldes legais – Possibilidade – Nenhuma ofensa à soberania do julgado – Recurso que se admite contra todas as decisões – Procedência do pedido. (TJCE – APen 1999.04415-5 – C.Crim.Reun. – Rel^a Des^a Huguette Braquehais – DJCE 28.08.2000)

PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO OU DE ADMISSÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES – Decisão condenatória do tribunal do júri que admite qualificadoras com base em meras conjecturas. Cabimento do pedido revisional, não para a pretendida absolvição, mas para a retirada das qualificadoras, reduzindo-se proporcionalmente a pena. Inocorrência de circunstâncias atenuantes. Deferimento parcial. Comporta parcial reforma, em sede de revisão criminal, a decisão condenatória do tribunal do júri que admite qualificadoras, amparada tão-somente em meras conjecturas, já que não houve testemunha do crime ou de sua preparação.

**Desclassificação de homicídio qualificado para homicídio simples.
Deferimento parcial. (TJBA – RvCr 46.479-1 – (7977) – C.Crim.Reun.
– Rel. Des. Lourival de Jesus Ferreira – J. 15.03.2000)**

Conquanto a segunda hipótese de cabimento da súplica revisional, qual seja, a nulidade da aceitação de provas ilícitas, resta incólume quando a Constituição proíbe a colheita de provas realizada por meio ilícitos, estando a proteger, também a dignidade da pessoa humana, bem como o devido processo legal.

Aqui, não são aceitas as provas adquiridas sob tortura ou qualquer outro tipo de pressão, seja física ou psicológica de qualquer sorte, não se pode, por amor ao texto legal, referendar decisões injustas, carente de qualquer suporte fático ou jurídico, tendo em vista que o direito é instrumento à liberdade e não para avaliar o que aparentemente foi efetuado dentro das normas, pouco importando se justo ou injusto.

Por isso, **JEREMIAS BENTHAM** escreveu, há mais de um século, que a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar provas. **Reza o inciso II do art. 621 do CPP, que a revisão dos processos findos será admitida:** “*quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*”. **Entendo nem ser necessário a aplicação da justificação prévia para auferir a presente nulidade, tal como se encontra latente .**

Segundo **BORGES DA ROSA**, *verbis*:

”Para que a falsidade da prova acarrete a reforma da sentença, é necessário que a falsidade tenha influido na conclusão da sentença, de sorte que teria sido diversa a conclusão se o instrumento, ou os depoimentos, ou os exames fossem verdadeiros” .

Tal situação se torna mais grave em razão que tais fatos constituem fraude à Justiça, mesmo porque a Constituição prevê a inadmissibilidade em juízo de provas ilícitas. E, prova falsa é prova ilícita a luz do que preceitua o art. 5º inc. LVI da Constituição Federal.

A prova falsa enfraquece os fundamentos da convicção do julgador e influi na conclusão da sentença, de maneira que a decisão poderia ter sido outra se o instrumento fosse verdadeiro.

Portanto, prova viciada e de forma desprendida com sua licitude, dar azo a nulidade, como já se frisou:

“Para fundamentar pedido revisional com base em prova falsa, é preciso que esta tenha sido a razão de decidir, inexistindo nos autos outros elementos de convicção do decreto condenatório” JTACRESP 36/40-1.

Mesmo que a prova falsa não seja o único embasamento da decisão, é certo que essa prova falsa contribui para o convencimento do Conselho Popular, pessoas leigas e por vezes desconhecedoras do difícil ofício de julgar.

Para que a prova possa perquirir sua finalidade esta tem de se revestir de certas mandamentos legais afim de produzir os efeitos que se esperam dela. Pela sistemática de nosso ordenamento jurídico penal, toda prova é válida, para a demonstração da verdade real, desde que observada os ditames legais de sua origem.

Por existir uma maior flexibilidade na sua produção, mister se faz um maior rigor na sua análise, pois estar em jogo um dos maiores bens tutelado pelo estado, que é a liberdade.

Diz-se que a prova é ilícita, na lição de **Scarance Fernades, Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover**, quando:

“colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito á intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com a violação do domicílio (art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência á intimidade (art. 5, X, CF), etc.”(As nulidades no processo penal, p. 109)

Portanto, desde que obedecido o regramento legal, têm-se como apta e válida a prova. Tornando-se eficaz a realizar seus efeitos, ou seja, a comprovação de determinado fato.

Daí é que se diz que a **“prova podre”** ou ilícita, contamina desde a raiz todo processo judicial.

A expressão *suso* mencionada, traz consigo a teoria do **fruits of the poisonous tree**, amplamente utilizada não só pelas ordenações constitucionais anglo-americanas, como encontrou solo fértil em nosso ordenamento constitucional.

Diante desta assertiva nos apresenta de logo e de forma prática, que tendo em vista o real propósito do processo penal na sua árdua tarefa de se chegar á verdade real, não poderia lhe ser obstáculos os meios e instrumentos a serem utilizados nesta busca, não podendo lhe impor estanques, a Legislação, para a obtenção de sua finalidade maior.

Celso Ribeiro Bastos, é que faz a seguinte observação sobre esta passagem:

“Em princípio, o saber-se como a prova foi obtida não deveria ter relevância perante o processo.

Se neste o que se trata é de descobrir a verdade real, sempre se poderia sustentar que nada obstante a ilicitude do meio utilizado – pelo que o responsável deveria certamente responder civil, penal, ou administrativamente conforme o caso – o que contaria é recepcionar aquele meio de prova, mesmo porque, já tendo o ilícito sido praticado, nenhum mal haveria em se utilizar o seu subproduto útil, que seria fazê-lo valer como meio probatório.”

Mais adiante o próprio **Celso Ribeiro**, expõe a necessidade quanto a observação da licitude da produção da prova, expondo que:

“Ocorre entretanto que mesmo entre os autores mais liberais quanto à utilização das provas ilícitas não vamos encontrar a defesa de uma posição tão extremada.

É que o direito não pode ser compartimentado e dividido em blocos estanques. De um lado haveria a geração da prova, arcando o seu responsável com todas as penas resultantes do ilícito praticado, e do outro estaria o interesse processual em descobrir a verdade”. (in Comentários à Constituição do Brasil, p. 273)

Neste contexto pode resultar que quando da análise meritória, o Magistrado, quando entenda pela aplicação de uma sanção legal ao acusado pelo fato apurado, baseado no cotejo probante, pode advir a situação fática de ser impossibilitado de assim o fazer, por resultar como ilícita a prova colhida. Neste momento surge o embate de dois princípios processuais que permeia a teoria da prova. Quais sejam o **Princípio da Proporcionalidade** e o **Princípio do fruits of the poisonous tree**.

Ao ser alçado a nível constitucional, a proibição de utilização de provas ilícitas, materializa-se em verdadeiro corolário de democracia e garantismo legal. Portanto a sua observância é preceito basilar para a regularidade processual, consubstanciado em pilares Democráticos de imposição categórica.

Se de um lado por expressa definição legal constitucional criou-se uma blindagem acerca da inadmissibilidade de uso da prova ilícita, doutra banda para atender os propósitos do processo penal, ocorreu uma flexibilização na norma constitucional, materializando-se no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, como preferem alguns autores.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando **Ada Pellegrini**, é quem comenta sobre o exposto, nos seguintes termos:

“Entretanto, na jurisprudência norte-americana e na da Alemanha Federal, a inadmissibilidade da prova ilícita tem sido às vezes atenuada, pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Ela abranda 'a proibição, em casos excepcionalmente graves e quando a prova ilícita for a única a ser produzida, com objetivo de tutelar outros valores fundamentais' ”.
(ob. Cit. P. 69).

Peço vênia aqueles que sustentem a plausibilidade de aceitação deste princípio, para de forma contundente me posicionar contrário a sua utilização para legalizar ou flexibilizar a obtenção de uma prova ilícita. Tal conduta afrontaria de forma incontestada, não só um preceito normativo constitucional expresso, bem como caracterizar-se-á um ultraje aos preceitos emanados pela nossa Carta Maior.

Se por um lado resta incontestada a inadmissibilidade quanto à prova ilícita, não é outro o entendimento baseado nas provas denominadas de derivadas daquela. Daí surge a importância do estudo do que venha a ser a teoria do ***fruits of the poisonous tree***.

Diz-se que há uma prova ilícita por derivação, quando esta, pela essência se revela de caráter lícito, mas que sua captura fora ilícita.

A teoria dos frutos da árvore envenenada, em uma interpretação laica, diz respeito a proibição de aceitação das provas derivadas das consideradas ilícitas e vem suscitando diversos questionamentos em nosso meio jurídico, seja na Doutrina quanto na Jurisprudência pátria. Baseia-se no preceito de que o vício ocorrido na árvore, transmite para seus frutos.

Historicamente, esta teoria jurídica tem como fonte originária a legislação anglo-americana. Por tal, podemos entender como sendo a inutilização daquela prova derivada da ilícita, pois esta se apresenta de forma tão contaminada pelo vício de sua nulidade, que os transfere aos atos seguintes de seu acontecimento, os inutilizando juridicamente.

Entretanto para sua aferição, mister se faz, que o vício se dê em razão de descumprimento de preceito de ordem constitucional para autorizar a vedação de acatamento das provas derivadas. Esta é em síntese a definição do Direito Estrangeiro (Estados Unidos da América, Austrália e Reino Unido), mormente a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Têm-se como marco inicial na Legislação América no caso do Wong Sun vs Estados Unidos em meados de 1963, quando a Suprema Corte desconsiderou uma quantidade de entorpecentes encontradas em poder de Wong Sun por conta da Polícia americana invadir a sua residência, sem mandado, nem causa plausível para legalizar aquela apreensão de narcóticos, como se observa pelo voto sustentado no caso No. 30733 -- State of West Virginia v. Millard J. DeWeese, perante a Suprema Corte de Apelação do estado de West Virginia, julgado em julho de 2003, da lavra do Juiz Clerck Rory L. Perry II, verbis:

“The fruits of the poisonous tree doctrine was first announced by the United States Supreme Court in Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.E.2d. 441 (1963). In Wong Sun, the defendant's fourth amendment rights were violated when the police arrested him in his home without probable cause or reasonable grounds to do so. In making the arrest, the police found narcotics. The Supreme Court held that the narcotics which were derived from the illegal arrest must be excluded from the defendant's trial as “fruits of the poisonous tree.” 371 U.S. at 488, 83 S.Ct. at 417, 9 L . E . 2 d a t 4 5 5 . ” ([Http://www.state.wv.us/wvsca/docs/spring03/30733d.pdf](http://www.state.wv.us/wvsca/docs/spring03/30733d.pdf))

Perante a nossa Jurisprudência, mais precisamente perante o Supremo Tribunal Federal, não se encontra assentado tal preceito de forma insofismável, sendo encontrado eco somente em casos em que a única prova dos autos, tida como derivada, desencadeou a **persecutio**. Neste sentido é o acórdão da lavra do **Min. Ilmar Galvão**, HABEAS CORPUS Nº 74.599-7 SP e publicado no D.J. de 07/02/97 um dos primeiros sobre o tema em comento, estava assim ementado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUIT 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 e censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação – 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 lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.”

No corpo do referido Acórdão o **i. Ministro Ilmar Galvão** salientou que;

“Esta Corte, no julgamento do Habeas Corpus 73.351 (Plenário, 09.05.96), de que fui Relator, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que antes da edição de ei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não podia o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da escuta 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 por ela obtidas.

Sucedde, todavia, que a interceptação da comunicação 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 – fruits of the poisonous tree – não foi a prova que desencadeou o procedimento penal.”

Assim como na legislação estrangeira, entre nós é exigido uma agressão à uma norma ou preceito amparado constitucionalmente para auferir a vicissitude do ato impugnado. Por vezes pode ser que ocorra choques entre os dogmas constitucionais e os direitos referentes a personalidade do acusado.

Diante de tal ocorrência foi assentado o entendimento que mesmo observando a existência de uma prova ilícita, se esta for, de qualquer forma, benéfica ao acusado poderá ser utilizada sem a pecha de nulidade. Advirta-se que a prova obtida por meio ilícito só deve ser admitida apenas pro reo, jamais para a acusação, por expressa vedação constitucional, sopesada aos ditames que regem o Princípio da Ampla Defesa.

Nesse norte é a lição do Professor e Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro **Marcelo Lessa Barros:**

“O art. 5º da Constituição consagra a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito (LVI), o direito à inviolabilidade do domicílio (XI), ao sigilo das telecomunicações (XII), à integridade física (III), à intimidade e à vida privada - o “Rigth of Privacy” (X). Por outro lado, consagra para os réus o direito à Ampla Defesa (LV). Há, na Constituição, um sistema de freios e contrapesos. A interpretação de dispositivos constitucionais não é isolada, mas em conjunto, de maneira sistemática, combinando-se uns com os outros, porque não há hierarquia entre dispositivos constitucionais. O dispositivo que veda a validade da prova obtida por meio ilícito, dispositivo de cunho processual, há de ser interpretado em consonância com os demais, mormente o que garante a Ampla Defesa. Disso resulta a tese de que não é válida a prova ilícita para a acusação; porém é válida para o réu, pois

não é torpeza o mesmo se defender.” (Direito à Prova e Provas Ilícitas - <http://www.fdc.br>).

Urge tecer algumas considerações acerca da teoria que originou o Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip).

Por esta teoria, sempre adotada como forma excepcional e de caráter bastante prejudicial e temerário sem seus países de origem, sopesa-se a inaceitabilidade da prova tida como ilícita e as conseqüências fáticas da agressão criminosa. Há na hipótese uma pretensão de se aceitar em casos extremamente graves, a admissão da prova ilícita. A grita da Doutrina se assenta justamente no que tange ao caráter subjetivo do que se reveste de caso grave. Relegando a sua perquirição ao subjetivismo abstrato íntimo do Magistrado responsável pela causa.

No caso, baseando-se no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes, entre os objetivos (do acusado) e os subjetivos (da população em geral) a sua recepcionalidade de forma excepcional, se revelaria um instrumento necessário para a salvaguarda e a manutenção dos valores em conflito. Corrigindo, assim, uma problemática que se materializa-se sempre que a inadmissão da prova ilícita pudesse resultar um desequilíbrio valorativo, desproporcional e inaceitável.

O **Ministro Sepúlveda Pertence**, do Supremo Tribunal Federal, em análise nos autos do HC 80949 / RJ que fora publicado no DJ em 14 de dezembro de 2001, PP-00026 e no EMENTÁRIO VOL-02053-06 PP-01145, sobre esta teoria afirma que:

“(…)II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. 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. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não.”

Pela observância do aresto supramencionado, resulta claro quanto a inadmissibilidade do princípio da proporcionalidade pelo que dispõe o texto constitucional pátrio. As garantias constitucionais erigidas em favor do acusado, não podem ser flexibilizadas em suposto prejuízo a outrem, dado ao seu caráter abstrato. Portanto pela exegese emanada da nossa Carta Constitucional tal princípio não encontra guarida em nosso solo, conforme demonstra o pronunciamento da augusta Corte Nacional suso citado em basilar circunspeção que o caso reclama.

Daí por que a imutabilidade das decisões do Tribunal de Júri, a exemplo das demais, deve ceder espaço ao estudo da convalidação das provas pela sentença condenatória.

Neste norte assevera **JOSÉ FREDERICO MARQUES**:

"Se a segurança jurídica e a Justiça estão conjugadas, como fundamento da estabilidade que a res judicata imprime às sentenças, impossível será, no entanto, a realização do justo objetivo com o sacrifício indevido do direito de liberdade. Se o status libertatis é fundamental para a pessoa humana, constituiria um atentado, sem justificativa, aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do homem, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica, na realização da Justiça, a ponto de sacrificar-se um bem jurídico tão relevante como a liberdade. Tal sacrifício, se alicerçado em sentença injusta, seria ilícito e antijurídico; e é, por isso, que a imutabilidade das sentenças absolutórias é absoluta, enquanto que a das condenações está sujeita a juízo rescisório da revisão criminal".

O festejado mestre **MAGALHÃES NORONHA** adverte que seria monstruoso que uma decisão, fosse lá qual fosse, permanesse intocável, pois *"em matéria de Justiça Criminal não pode haver decisão intangível"*.

Ora, o próprio **NORONHA**, não deixa escapar que se tomarmos o vocábulo soberania como o poder incontrastável, sem limites e absoluto, não se compreende como o veredicto do júri possa ser inteiramente reformado pelo Tribunal de Justiça, quer nesta situação (via revisão art. 626), ou substituído por outro no protesto por novo julgamento (art. 607) ou, ainda, na apelação.

Com efeito, no protesto e na revisão são concebíveis, a reforma ou a substituição, porque institutos peculiares de garantia inerentes aos direitos individuais, sem ofensa à soberania.

Não bastasse isso, esse também é o entendimento do **Prof. HERMINIO MARQUES ALBERTO PORTO**, veja-se:

Assim, transitando em julgado a sentença do Juiz Presidente, é cabível a revisão do processo findo (art. 621), e o que foi decidido, na esfera revisional “não fere a soberania do Júri”.

O mesmo autor, citando o **Prof. ATHOS MORAES DE CASTRO VELLOZO** em nota de rodapé, ainda leciona:

(...) na revisão criminal, O “Tribunal não fica tolhido em julgar, deferindo o pedido para absolver, para comutar a pena, para alterar a pena, menos para condenar”, pois não há revisão em favor da sociedade; se anula, “restaura a competência do Juiz natural – que é o Júri – para julgar novamente o réu”.

E tais assertivas lançadas neste trabalho, não visam sobrepujar à competência do tribunal do júri, mas sim, resguardar toda a funcionalidade da própria ciência processual penal, mas precisamente um dos mais perseguidos instrumentos, que é a **verdade real**.

Não se pode conceber que após finda a instrução criminal, o pronunciamento do órgão judicante – seja o conselho de sentença no caso em análise, seja o juízo monocrático em sede de procedimento comum – embase sua convicção em provas lastreadas em falsas premissas.

Neste ponto, a garantia de soberania do tribunal do júri, deverá ceder espaço a uma situação mais ampla e de superior grandeza, não se pode cogitar que o procedimento inquisitivo judicial, seja direcionado para determinado propósito, abstraído dos elementos fáticos que realmente envolveram o caso em concreto, sendo estes preteridos a determinado fim. A ocorrência de tal situação revelar-se-á não só uma afronta ao processo, quanto a própria essência do Direito.

Por tal razão já ponderava o mestre em direito penal e Promotor baiano **Vladimir Aras** no sentido de que:

"Mais grave do que ofender uma norma é violar um princípio (...) aquela é o corpo material, ao passo que este é o espírito, que o anima. A letra mata; o espírito vivifica.” (Princípios do Processo Penal, in Revista de Direito Penal – www.direitopenal.adv.br).