



Cecílio da Fonseca Vieira Ramalho Terceiro

Advogado Criminalista na Paraíba - "Porto, Advogados & Consultores S/C"

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

" Porque, então, os juízes tomam o compromisso de defender a Constituição? Este compromisso certamente se aplica de maneira especial à sua conduta oficial. Como seria imoral impor isto a eles, se se pretendesse usá-los como instrumentos - e instrumentos conhecidos - para violar o que eles juraram defender!

Por que um Juiz juraria desempenhar os seus deveres de acordo com a Constituição dos Estados Unidos, se a Constituição não obrigasse o governo? Se este se fechasse para ela e não pudesse ser fiscalizado por ela?"

(Justice Marshall, em Marbury v. Madison, Suprema Corte dos EUA, 1803)

Introdução

Equivocadamente quando nos referimos à prova, temos a falsa premissa de se referir há algo que possa ser levado em consideração, em detrimento de algo da mesma espécie, para que se comprove a existência de algum fato relevante para o julgamento da causa.

Tal preceito é impreciso, haja vista que pode ser encontrado, nos autos, elementos que não possuem um poder de convencimento a ponto de se ter uma certeza do fato alegado. Diz-se, então, que a prova fora insuficiente, seja para a condenação ou para a pronúncia. Desta feita, se prova é tudo aquilo que nos convence, o que não nos convence não é prova ?

Portanto, todos os elementos de convicção insertos no bojo processual, afim de comprovar um fato alegado ou desconstituir este fato, é prova. Seja ela perfeita ou imperfeita, sempre será prova. (Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo, Da prova no processo penal brasileiro - Livro de estudos jurídicos, p.140).

Como bem salienta os autores supra mencionados, não devemos confundir a prova com sua aferição. Se prova é qualquer, aceitável e não repudiado, elemento de convicção trazido ao ventre processual pelas partes como meio de demonstrar a existência, validade ou a comprovação da ocorrência de algo relevante, a sua aferição existencial e lógica, não deve ser apreciada em sopesamento a sua validade formal. Eis que não se pode concluir pela existência de uma prova plena e onipotente.

A apreciação da prova deve cingir-se a um plano menos formalístico. Deve ser observado, sob dois prismas básicos e convergentes.

Ao se referir a prova o Código de Processo Penal, não raro às vezes, sempre a trata como forma uma e indivisível, basta observar, que sempre se refere a esta no singular genérico (prova) e não no singular numérico (provas).

A prova sempre se prestará a se comprovar um determinado fato, pois pelo princípio do iura novit cura e por presunção legal de nosso sistema normativo o direito dispensa ser provado, "uma vez que a perquirição sobre o direito aplicável escapa ao âmbito da doutrina das provas judiciárias". (cf. Rodrigo Pereira de Mello em Provas ilícitas e sua interpretação constitucional, p.61).

Ao proceder a análise de toda a prova carreado no bojo processual, sempre devemos nos atinar ao fato de que esta é uma unidade indivisível, ou seja, todos os meios empregados são prova em sentido único. A sua análise final é que irá ou poderá ser bifurcada em quantas partes forem as situações reconhecidas.

Mais claramente pode-se exemplificar que: a) quando o magistrado em sua análise meritória reconhece como sendo ilícita, rechaça a lide acusatória por falta de comprovação do fato alegado ; b) se se convence da validade das provas, este caminho leva a duas hipóteses; a uma estas provas se revestem de forma convincente autorizadas a proferir uma decisão, senão observamos a segunda hipótese, ocorre caso seja negativa a primeira assertiva, ou seja, as provas carreadas não se prestam a formar um sentimento de segurança sobre o assunto em que se deve manifestar o Magistrado, optando em uma não condenação, haja vista que esta inseguro em aplicar uma sanção, é o conceito laico de ausência de prova.

Conceito de prova

O nomem iures, vem do latim probatio, ou seja, tem por significado verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e derivando do verbo probare, que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa e demonstrar. (cf Guilherme de Souza Nucci, O valor da confissão como meio de prova no processo penal, p. 39).

Na precisa lição de Gomes Filho:

“Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações: indica de forma mais ampla, o conjunto de atividades pelo Juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades”. (Direito à prova no processo penal, pp. 41 e 42).

Já Nicolo Flamarion Malatesta, citado por Rodrigo Pereira de Mello, diz que ser:

“o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera de verdade” (Provas ilícitas e sua interpretação constitucional, p.60)

Roberto de Rezende Junqueira, a define como sendo:

“A demonstração de existência de um fato material ou de um ato jurídico, nos termos da lei”. (Do livre convencimento do Juiz e de seus poderes na instrução criminal e na aplicação das penas, p. 215).

Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo, no entanto, salientam quanto a imprecisão lógica quanto a definição jurídica de prova trazem à baila a seguinte ponderação:

“Quem chegou mais próximo da perfeição, na conceituação da prova, ao que nos parece, partindo justamente da definição do mestre Mittermaier, foi Echandía, em Teoría general de la prueba judicial – 3ª ed.. 1976, à pg. 34 – quando diz: ‘...Prueba judicial (em particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los médios y procedimientos aceptados em la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Y se dice que existe prueba suficiente em el proceso, cuando em él aparece um conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza Del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los médios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza ...” (Da prova no processo penal brasileiro - Livro de estudos jurídicos, p.140).

Portanto, podemos definir, sinteticamente, a prova como sendo todo elemento valorativo e legalmente válido, trazido aos autos pelas partes ou pelo Juiz, afim de se comprovar um determinado fato.

A finalidade da prova

Como consabido a razão maior do nosso sistema penal é individualizar as condutas típicas daqueles que transgridem à ordem pública, sopesando, para tanto os elementos valorativos insetos nos autos para a perseguição do que se costumou denominar a **verdade real**. Esta não se trata de preceito insofismável, indiscutível, mas apenas a escolha, pelo magistrado sentenciante, de uma realidade que mais se aproxima aos fatos comprovados pela análise do acervo probante carreado nos autos. Como salienta **Greco Filho**:

“Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado”. (Manual de processo penal, p. 174)

Por objeto da prova, podemos assinalar que é a formação de um juízo de valor pelo magistrado sobre o caso em apreço. Nesse sentido é a honrosa lição do Promotor de Justiça paulista César Dario Mariano da Silva, verbis:

“A principal finalidade da prova no direito processual penal é dirigir o poder-dever do Estado ao combate das transgressões à ordem pública elencadas na Lei Penal, de modo a aplicar as sanções cabíveis e compor os conflitos existentes”. (Provas ilícitas, p. 05).

Não é outro o entendimento do mestre tratadista sobre o tema em enfoque, Flamarion Malatesta, que com sua percuciente análise assevera:

“É importante ainda observar que o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita o conjunto de provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não se pode resolver senão uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição”. (A lógica das provas em matéria criminal, p. 88).

Também nesta esteira de entendimento é a lição do mestre Greco Filho:

“A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz.”. (ob. Cit., p. 174).

Neste sentido trazemos à baila honrosa lição do mestre Tourinho Filho:

“A função punitiva do Estado, deve ser dirigida àquele, que realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.

Por outro lado, quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de se chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência – esta é acessível apenas à Suma Potestade - , mas tão-somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz Penal, mais que ao Juiz não Penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado”. (Manual de Processo Penal, Saraiva, pp. 12/13).

Karl Josef Anton Mittermaier, no celebre tratado sobre o tema em diapasão, lança a seguinte lição:

“Um dedicado amigo da verdade reconhece que a certeza, que necessariamente o contenta, não escapa ao vício da imperfeição humana; que é sempre lícito supor o contrário daquilo consideramos verdadeiro

Enfim, a fecunda imaginação do céptico, atirando-se ao possível, encontrará sempre razões de dúvida. Com efeito, em todos os casos se pode imaginar uma combinação extra-ordinária de circunstâncias, capazes de destruir a certeza adquirida. Porém, a despeito dessa possível combinação, não ficarão espírito menos satisfeito, quando motivos suficientes sustentarem a certeza, quando todas as hipóteses razoáveis tiverem sido figuradas e rejeitadas após maduro exame; então o juiz julgar-se-á, com segurança, na posse da verdade, objeto único de suas indagações; e é, sem dúvida, essa certeza da razão, que o legislador quis que fosse a base para o julgamento. Exigir mais seria querer o impossível; porque em todos os fatos que dependam de domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta. Se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que uma hipótese contrária pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos, e, por conseguinte, a anarquia (seria) fatalmente introduzida na sociedade". (Tratado da prova em matéria penal, p. 66).

Por conseguinte, o destinatário maior da prova penal é o Magistrado sentenciante, para que o mesmo, formule, sopesando o acervo probante nos autos, uma consciência valorativa acerca da ocorrência de fato do delito e por via de consequência individualize as supostas condutas típicas daqueles que estão sob o pálio da Justiça, emitindo um pronunciamento que pode ser positivo, impondo-se uma sanção, ou negativo, restando-lhe absolver o indiciado.

Classificação da prova

Como elementos integrantes da natureza da prova, podemos classificá-la pela sua forma, valor e objeto. Ademais, urge debulhar a sistemática procedimental para a realização formal da prova.

Para tanto, mister se faz, uma análise na sua composição. Como exemplo podemos classificar a composição da prova em três elementos a saber:

- 1) fontes de prova – por fontes podemos entender que são aqueles fatos que deverão ser conhecido e percebido pelo Juiz, pois a fonte nasce ou brota, quando a circunstância a qual deu caso ocorre.
- 2) meios de prova – por este elemento constitutivo da prova, é a materialização da conduta humana em reunir as várias espécies de prova no bojo processual, ou seja, são os recursos utilizados para a produção judicial da prova.
- 3) objeto da prova – por objeto da prova subtende-se o fato a ser demonstrado em juízo. O qual é fruto da folte e que aporta em juízo mediante os meios de prova, fazendo prova do fato (objeto em si) fechando, assim, a corrente de elementos constitutivos da prova.

Quanto a sua classificação podemos diferenciá-la, como dito alhures, pelo exame de sua forma, valor e objeto. Vejamos.

Quanto a sua forma esta pode ser testemunhal, quando depender de oitiva de testemunhos ou de declarações; documental ou material, quando se fizer necessário a intervenção de órgão especializado ou de realização de perícias, auditorias, buscas e apreensões.

Quanto a seu valor, pode ser plena quando traz consigo elementos suficientes a ensejar um juízo de admissibilidade de um fato que importe em condenação ou semiplena, quando não se reveste de um juízo de probabilidade suficiente para demonstrar a imposição de uma sanção.

Quanto a seu objeto pode ser classificada em diretas, quando dizem respeito aos fatos propriamente ditos (objeto da prova) ou indiretas, cuja fragilidade baseia-se mais em indícios da ocorrência do fato.

Prova ilícita e prova ilegítima

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 domicilio (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 infrigência à 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.

Quanto à prova ilegítima, esta poderá ser lícita ou ilícita. Pois sua diferenciação não esta atrelada a sua ilicitude, mas tão somente diz respeito ao momento que fora trazida aos autos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando Ada Pellegrini, explicita que:

“Segundo a Profa. Ada Pellegrini Grinover, que se apóia em Pietro Nuvolone, cabe distinguir entre prova ilícita e prova ilegítima. Esta é a que é produzida com violação de uma norma de caráter processual; aquela é a que importa na quebra de uma norma material, seja de direito constitucional ou não.

A prova ilícita é que seria nula, pois importa em violação do princípio ético que deve inspirar o direito." (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, p. 69).

Portanto, diz que a prova é legítima se obedeceu aos ditames pré-estabelecidos pelo Código de Processo Penal para sua realização ou juntada no mundo processual, o exame de sua ilicitude é relegado a uma fase posterior, que neste momento não se discute, bastando examinar a oportunidade em que esta se originou.

Ônus da prova

Mormente ao ônus da prova este sempre incube àquele que faz a alegação. Em sede penal, tal ônus recai sobre ao Ministério Público quando da realização da denúncia e do queixoso, quando da realização da queixa crime. Convém salientar que em sede de processo penal, todos os fatos são controvertidos e o ônus de demonstrá-lo caberá a quem alegá-los.

Ao imputado, será seu ônus, quando deverá comprovar a existência de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito contrário. Tudo conforme o art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro.

Do mesmo modo, deverão ser comprovados os fatos relevantes e pertinentes não submetidos a presunção legal.

Meios de prova

A Lei processual penal, traz consigo uma exemplificação dos meios hábeis a produzir a prova. Diz-se que é um rol exemplificativo, pois não implica que o referido rol, seja de forma preclusiva e taxativa.

As partes processuais envolvidas no litígio, além do próprio Magistrado, poderão realizar outras além das disciplinadas naquele elenco normativo. Esta é a definição de Tourinho Filho, verbis:

"Assim, não há, em princípio, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E porque não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito material". (Processo penal, p. 222).).

Princípio da proporcionalidade vs Princípio fruits of the poisonous tree

Há pouco dissemos que o processo penal é uma eterna busca pela verdade real, toda a atividade processual logra, tão somente, a busca de elementos subjetivos e objetivos que permeiam a figura do crime e, todos eles são difíceis de serem compreendidos sem se ater a uma boa e percuciente análise probatória.

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 principio, 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 valor 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 Principio da Proporcionalidade e o Principio 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 principio do 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..

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.2d at 455."(<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 licitamente 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.

Sucedee, 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 proscricção 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. Ilícitude 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.

Como bem pondera o mestre em direito penal e Promotor baiano Vladimir Aras:

"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).