

A PROVA NO PROCESSO PENAL

Marcus Vinicius Ribeiro*

Instrução Probatória. Direito à prova. Valoração das provas processuais e extra-processuais. Limites ao direito à prova. provas ilícitas. inadmissibilidade. provas lícitas obtidas por meios ilícitos. Teoria da proporcionalidade e prova ilícita pro reo. As balizas legais e constitucionais. Teoria da Razoabilidade. Teoria da árvore envenenada.

1) Introdução

Será abordado no presente estudo a instrução probatória, o direito à prova, a valoração das provas, os limites ao direito à prova e por via de consequência as provas consideradas ilícitas.

Neste passo, serão abordadas questões como a possibilidade de se admitir provas ilícitas *pro reo*, a teoria da proporcionalidade e da árvore envenenada.

Com efeito, desde já deve ser advertido que o inciso LVI do artigo 5 da Constituição Federal de 1988 garante que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Tal previsão, expressa da nossa atual Carta Magna, pôs fim a uma antiga polêmica existente em nossa doutrina, pois parte dos estudiosos, baseados no princípio da verdade real, entendiam que o fato ilícito deveria ser apurado não importando de que forma e, por outro lado, outros entendiam que tais provas eram despidas de qualquer valor jurídico, porque foram colhidas em total desacordo com a legislação e com os princípios gerais do direito, atentando, ademais, contra os direitos mais elementares das pessoas.¹

Sem embargo, após a Constituição Federal de 1988, não restou dúvida de que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser admitidas no processo por colidir com nossa lei maior.

Entretanto, persiste uma divergência sobre se a interpretação de tal dispositivo deve ser literal, vedando todas e quaisquer provas ilícitas ou se estas podem ser admitidas para beneficiar o acusado, predominando o posicionamento derradeiro.

Para o deslinde da questão, parte-se de uma análise da teoria geral da prova para, posteriormente, adentrar-se ao assunto.

* Doutorando em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

2. Teoria Geral da Prova.

2.1. Conceito

Prova, em sentido jurídico, “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados”.²

2.2. Ônus da Prova

No processo penal, a prova incumbe a quem fizer a alegação, mas o juiz, em nome da verdade real, pode determinar diligências, de ofício, para dirimir dúvidas relevantes.

Destarte, em regra, compete ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto, ao réu, cabe a dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos.

2.3. Classificação

Giuseppe Malatesta³, classifica a prova, com base em três critérios, quais sejam:

- quanto ao objeto: direta (quando se refere ao fato provado) ou indireta (quando usa-se de um raciocínio);
- quanto ao sujeito: pessoal (realizada através de pessoas) ou real (feita a partir de uma coisa);
- quanto à forma: testemunhal, documental ou pericial.

2.4. Objeto da Prova

O Juiz conhece o Direito e, portanto, este não necessita ser provado. Assim sendo, o que deve ser provado são os fatos.

Entretanto, alguns fatos não precisam ser provados:

- a) fatos evidentes ou intuitivos - são as verdades do mundo do conhecimento. Ex. que o dia 19 antecedeu o dia 20 ou que se a pessoa estava no Japão não estava no Brasil;
- b) presunções legais - a lei presume determinado fato. Ex. os crimes contra os costumes de menor de 14 anos, pela lei, se presumem violentos; ou que, em nulidades absolutas do processo se presume o prejuízo;
- c) fatos inúteis - sendo verdade ou não, tais fatos não influem na decisão;
- d) fatos notórios - o conhecimento se faz pela própria cultura normal. Ex: o dia 25 de dezembro é natal.

² Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, p.5, 1994

³ A lógica das Provas no Processo Penal,

2.5. Proibições de Prova

Alguns “meios de prova” são vedados pelo Direito. Com efeito, são proibidos os meios que atentem contra a dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, o Estado Democrático de Direito.

Conforme adverte Manuel da Costa Andrade⁴, a heterogeneidade dos métodos proibidos e, conseqüentemente, a diferenciação e graduação das suas valorações normativas impossibilita um exame dos extensos e diversificados métodos proibidos de prova.

Aliás, como afirma K. Peters⁵, “há métodos proibidos de forma absoluta e face aos quais aquele sacrifício se presume de antemão (perigo abstrato de sacrifício).(…) Já em relação a outros haverá, pelo contrário, de indagar se, em concreto, eles redundam ou não em sacrifício da liberdade de formação e actualização da vontade, da capacidade de memória ou de valoração (atentados concretos à liberdade de declaração).”

Neste caminho, ressalta-se que são proibidos desde a tortura até os mais diversificados meios enganosos. A respeito, Manuel da Costa Andrade⁶, afirma que “não podem suscitar-se dúvidas quanto à proscrição invencível de toda e qualquer forma de tortura”, mas o quadro poderá ser outro em relação aos meios enganosos. Conforme expôs o renomado autor português não que se questione a possibilidade (sequer freqüência) de também aqui ocorrerem situações de manipulação ou degradação das pessoas em termos de pertinência mas o que não se pode é comparar à rigidez da vedação da tortura.

Vários meios enganosos que não devem ser admitidos no processo penal podem ser mencionados. Com efeito, Manuel da Costa Andrade⁷, lembra alguns como os chamados “homens de confiança” (testemunhas que colaboram com agentes da persecução penal sob promessa de confidencialidade de identidade e sigilo das informações); reproduções mecânicas gravações e fotografias ilícitas; escutas telefônicas, etc.

2.6. Valoração das Provas

Conforme adverte Vicente Greco Filho⁸, “pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações (art. 156). Ao juiz cabe atribuir-lhes o valor que merecem, daí decidindo sobre a procedência ou improcedência do pedido.”

Para a condenação do réu a prova deve se plena, estreme de dúvidas, en-

⁴ Sobre as proibições de prova em processo penal, p. 219.

⁵ Strafprozess, p. 312/3, apud Manuel da Costa Andrade, ob. cit. p. 212.

⁶ Ob. cit. p. 210.

⁷ Ob. cit. p. 220 e ss.

⁸ Manual de Processo Penal, 1997, p.213.

quanto que para a absolvição basta a dúvida, ou seja, na dúvida o réu deve ser absolvido (artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal).

Neste sentido, conforme ensina EBERHARDT SHMIDT (*Deutsches strafprozessrecht*, 1967, 48) ⁹:

“Constitui princípio fundamental do Processo Penal o de que o acusado somente deve ser condenado, quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam a sua autoria e culpabilidade, com completa certeza (‘mit voller Gewissheit’). Se subsistir ainda apenas a menor dúvida, deve o acusado ser absolvido (‘Bleiben auch nur die geringsten Zweifel, so muss der Beschuldigte freigesprochen werden’).

A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. (...)

A certeza é aqui a ‘conscientia dubitandi secura’, de que falava Vico, e não admite graus. Tem de fundar-se em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria (‘Sauer, Grundlagen des Prozessrechts’, 1929, 75) sob pena de conduzir tão-somente à íntima convicção, insuficiente”.

Aliás, para haver uma condenação a prova deve ser obtida durante o processo, à luz do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Destarte, não pode haver condenação baseada somente em um inquérito porque este não possui contraditório. Com efeito, o inquérito policial é um mero procedimento administrativo de natureza inquisitiva tendo por finalidade, tão-somente, investigar a prática delitiva para subsidiar a atuação do titular da ação penal.

A respeito, Ranulfo Melo Freire, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, à fls. 133, afirma que “a unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária na fase preliminar da persecução penal (*informatio delicti*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.”.

3. Provas em Espécie

São meios de prova previstos no processo penal brasileiro:

3.1. Exame de Corpo de Delito e outras Perícias (artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal).

Perícia é um exame da qual se exige um conhecimento técnico.¹⁰

⁹ “*apud*” Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, 1982, p. 506

¹⁰ Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal* 1, 1997, 317..

O exame de corpo de delito é o exame no conjunto da soma de vestígios e sinais de uma infração penal. É indispensável nos crimes não transeuntes (que deixam vestígios).

O laudo da perícia deve ser assinado por dois peritos, mesmo que tais peritos sejam oficiais, sob pena de nulidade. É que, com base na antiga redação do artigo 159 do Código de Processo Penal, se argumentava, em nossos tribunais, que havia necessidade de dois peritos se estes não fossem oficiais, caso contrário bastava um. Porém, a Lei 8.862 de 28 de março de 1.994 deu nova redação ao “caput” do artigo em apreço e agora não resta qualquer dúvida, “*in verbis*”:

“art. 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.”

3.2. Interrogatório do Acusado (art. 185 a 196 do CPP)

O interrogatório é o testemunho do acusado acerca dos fatos imputados contra ele. Assim sendo, é o momento onde ele trará sua versão aos autos.

Neste caminho, o interrogatório, é um meio de prova e também de defesa. Por isto, o réu tem o direito de permanecer calado ou mesmo de mentir, não podendo, isto, prejudicar sua defesa, em que pese a redação infeliz de nosso Código Processual escrito anteriormente à Constituição Federal.

A respeito, Rogério Lauria Tucci¹¹, afirma que “tendo sido consagrado constitucionalmente, em nosso País, o direito do imputado de permanecer calado, nenhuma ilação dele poderá ser tirada, apresentando-se o silêncio como prova negativa da imputação, sem nenhuma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal”.

Destarte, cabe ao juiz, avaliar o valor das palavras do acusado, em confronto com as demais provas existentes nos autos, para proferir sua decisão.

3.3. Confissão (art. 197 a 200 do CPP)

A confissão por si só não basta para condenar alguém, os fatos devem ser confirmados por outros meios.

Conforme expõe Guilherme de Souza Nucci¹², em sua monografia sobre o tema, “Por vários motivos pode o réu fornecer uma confissão falsa e há inúmeros meios de se extrair uma confissão viciada, de forma que a cautela e a prudência indicam ser necessária uma confrontação da confissão do réu com as demais provas processuais. Afinal, confessar, acusando-se da prática de um crime, é um ato antinatural, pois atinge o instinto de preservação do ser humano. Se alguém

¹¹ Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro, 1993, 397.

¹² O valor da Confissão como meio de Prova no Processo Penal, 1999, p. 182

admite a culpa, sabendo que estará sujeito a uma sanção penal, podendo, inclusive, perder sua liberdade, deve ter forte motivos para fazê-lo. Dentre essas razões, existem as que dão alicerce a uma confissão verdadeira, mas há outras que sustentam admissões de culpa inautênticas”.

Assim sendo, para o Processo Penal somente a confissão não basta para a condenação, devendo, a versão apresentada pelo acusado ser confirmada pelas demais provas existentes nos autos. Não fosse assim, o réu poderia confessar para preservar o verdadeiro culpado ou mesmo ser convencido a isto por meios obscuros.

3.4 Oitiva das Testemunhas (art. 202 a 225 do CPP)

Testemunhas são pessoas que vão prestar declarações sobre seu conhecimento dos fatos discutidos no feito. As testemunhas devem comparecer em juízo, no dia e hora designados e dizer a verdade sob pena de desobediência e falso testemunho ou, ainda, de condução coercitiva. O juiz deve valorar o depoimento de cada testemunha em conjunto com as demais provas existentes nos autos.

3.5. Acareação - (art. 229 e 230 do CPP)

Acarrear é confrontar frente a frente, pessoas cujas declarações são divergentes, para que, as mesmas, elucidem pontos controvertidos de seus depoimentos. A acareação poderá ser determinada em virtude de pedido das partes ou por deliberação, de ofício, pelo juízo.

3.6 Reconhecimento de Pessoas e Coisas (art. 226 a 228 do CPP)

Reconhecimento é o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade da pessoa ou coisa que lhe é mostrada.

Nos termos do artigo 226 do Código de Processo Penal, “quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.”

3.7 Reconhecimento Fotográfico

O reconhecimento fotográfico não é vedado no processo penal, porém, quando realizado, deve seguir as mesmas cautelas para o reconhecimento pessoal. Além de que, se for possível o reconhecimento pessoal, o fotográfico deve ser evitado por estar mais propenso a erros.

3.8. Prova Documental (art. 231 a 238 do CPP)

Documentos, para o Processo Penal, são quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. É livre a juntada de documentos durante o processo, devendo apenas em respeito ao contraditório ser dada ciência à parte contrária. O Código proíbe entretanto a juntada de documentos em algumas fases do processo como a do artigo 406 no procedimento do júri e na sessão de julgamento.

6. Meios para garantir a prova

6.1. A Busca e Apreensão

Conforme expõe Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha¹³, a primeira questão a ser fixada é que a busca e apreensão não constitui um meio de prova e sim uma medida cautelar visando assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova. “Vale dizer, a finalidade é acautelatória, e consiste em assegurar não só a existência de uma prova criminal como também evitar seu perecimento”.

Destarte, para ocorrer uma busca e apreensão, a prova deve existir e haver um receio de que ela desapareça. Buscar, diferencia-se de procurar, não sendo cabível tal medida, evidentemente, quando existe uma ignorância sobre a existência ou não de algo a ser buscado.

A respeito, Cleonice A Valentim Bastos Pitombo¹⁴, afirma que “a finalidade da busca, pouco importando a modalidade, é encontrar coisas que se ocultam, ou não, e demais elementos materiais, ‘aptos principalmente, a tornar certos e conhecidos fatos e circunstâncias indiciantes’ e que ‘possam guardar préstimo probatório da verdade criminal, quer constituam elemento de acusação quer de defesa’(...) assim, não se sai a busca de coisa qualquer, de pessoa incerta, ou local não sabido, mas do que, efetivamente, importa e serve ao processo penal.

¹³ Da Prova no Processo Penal, 1994, p. 209.

¹⁴ Da Busca e apreensão no Processo Penal, 1999, p. 105.

4.2. Depoimento “ad perpetuam rei memoriam”

A lei processual penal permite o depoimento antecipado de qualquer testemunha quando há risco de não se poder tomar suas declarações no momento processual previsto em lei. Tal previsão se encontra no artigo 225 do Código de Processo Penal que estipula: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

4.3. Outros meios para garantir a prova.

Por fim, nossa legislação prevê, outrossim, outros meios para garantir a produção probatória como no caso do artigo 218 do CPP que determina a condução coercitiva da testemunha que, regularmente intimada, deixa de comparecer sem motivo justificado, ou do artigo 220 do mesmo diploma normativo que estipula a possibilidade de se ouvir a testemunha aonde ela estiver sempre que a mesma, por enfermidade ou velhice, estiver impossibilitada de se locomover.

5) A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal

Pois bem, conforme visto, existem regras processuais previamente estabelecidas para se chegar à verdade real. A previsão das normas processuais cabíveis é uma garantia do cidadão em face do Estado, afim de se evitar abusos ou arbitrariedades. Na inquisição o Poder Estatal podia tudo, ou quase tudo, mas, em um Estado Constitucional de Direito, as regras devem ser claras para que o indivíduo não seja desrespeitado em sua intimidade e individualidade.

Assim sendo, permitir uma desobediência nestas regras legais estabelecidas, em nome de um suposto interesse público maior, seria criar um perigoso precedente em que prejudicada seria a própria coletividade. Principalmente se retornarmos ao período de “*caça às bruxas*”.

Deste modo, para que as evidências colhidas durante a instrução criminal sejam válidas, é necessário que tenham sido obtidas por meios lícitos, pois, conforme visto, a Constituição veda a utilização das provas adquiridas por modo não admissível.¹⁵

A respeito, Rogério Lauria Tucci¹⁶, afirma que “para a **garantia da plenitude da defesa** seja uma realidade, ao **direito à informação e atuação**, e ao **contraditório**, deve ser somado o **direito à prova**, mais especificamente o **direito à prova legitimamente obtida ou produzida**, que, por certo, se faz ínsito à **contraditoriedade da instrução criminal**”. (Grifos do autor).

¹⁵ Edgard SilveiraBueno Filho, O Direito à Defesa na Constituição, 1994, p. 54

¹⁶ Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 1993, p. 226.

Destarte, para que a prova seja considerada idônea ao fim a que se destina, imprescindível é que seja produzida lícitamente. Aliás, é o que vem estampado enfaticamente no artigo 5º, LVI da Constituição Federal.

Rogério Lauria Tucci¹⁷, chega até a afirmar que a prova obtida por meios ilícitos não deveria ser admitida no processo penal, em hipótese alguma, pois entende que, “uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente ilegítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não tem elas como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação”.

De outra parte, Edgard Silveira Bueno Filho¹⁸ admite o uso de provas obtidas ou produzidas por meios ilícitos, excepcionalmente, desde que:

1- “a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu (...)”;

2- “(...) a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal (...)” ;

3 - “ (...) quando aquele que exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou”.

Márcio Gaspar Barantier¹⁹, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais número 2, sustenta que a prova obtida por meios ilícitos pode ser admitida para a defesa desde que o interesse no aproveitamento seja maior do que aquele que originou a vedação, afirmando que, entretanto, que “a acusação não pode se valer de provas obtidas por meios ilícitos, em hipótese alguma”.

Isto, acrescenta, “em primeiro lugar porque, neste conflito, o interesse individual prevalece sobre o interesse coletivo na apuração de crimes, e a norma constitucional é clara neste sentido. E, em segundo lugar, **o aproveitamento destas provas pelo Estado – leia-se titular da ação penal – constitui a utilização oficial de produto de crime, assim como o receptor, que adquire mercadoria que sabe ser roubada, conduta incompatível com a função de aplicar a lei e promover a justiça**”.²⁰ (Grifo nosso).

Na verdade, o interesse coletivo não é prejudicado pois a decisão a favor do acusado não é contra a sociedade, ao contrário, é em seu favor, isto porque, é de interesse social de que só se condene alguém com provas robustas e que o Estado use os meios legais para a obtenção das mesmas.

¹⁷ Ob. Cit. P. 238.

¹⁸ ob. Cit. P. 54

¹⁹ RBCCrim 2/74

²⁰ idem, ibidem.

Márcio G. Baratier²¹, lembra, ainda, que “os expedientes repugnantes continuam a ser utilizados pelos órgãos de repressão à criminalidade. As torturas existem, as violências físicas, principalmente contra os desassistidos, são até comuns e as escutas telefônicas clandestinas são corriqueiras. Não é raro a polícia se aproveita de provas conseguidas ilicitamente para ‘fabricar’ provas legais composto, de forma aparentemente lícita e legítima, a verdade que lhe interessa demonstrar. As tão prolapadas ‘denúncias anônimas’ p. ex., utilizadas de forma absurda, servem, normalmente como justificativa para encobrir inconfessáveis práticas durante as investigações. (...) Outro aspecto prático relevante é o convencimento do juiz. Até que ponto a prova ilícita, ainda que fulminada pela nulidade tem influência na decisão dos magistrados? (...)”.

Por fim, conclui o autor, que as provas ilícitas são vedadas no processo penal, salvo quando essenciais na defesa do acusado, mas que a proibição legal por si, não é suficiente, devendo ser conscientizados Juízes, Promotores, Advogados e Policiais, sobre a importância de se proteger a intimidade e a integridade da pessoa.²²

Ada Peleggrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho²³, ao comentar a inadmissibilidade no Processo Penal das provas obtidas por meios ilícitos, afirmam, que “a doutrina e a jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, reconhecendo apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos apurados, uma vez que se submete ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade de domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.”

Mais adiante, entretanto, os referidos autores, com base na Teoria da Proporcionalidade, que consiste na escolha de um dos valores postos em jogo diante do caso concreto, reconhecem a possibilidade da utilização destas provas, no Processo Penal, apenas se elas forem favoráveis ao acusado.

6. Interceptações Telefônicas

A Constituição Federal, como cláusula pétrea, por se tratar de direito fundamental do homem, em seu artigo 5º, XII, dispõe que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judi-

²¹ Ob. Cit. P. 76

²² idem ibidem.

²³ As Nulidades no Processo Penal, 1994, p. 114.

cial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Neste caminho, a Lei 9.296 de 24 de julho de 1.996, trouxe a regulamentação de tal previsão constitucional. Com efeito, a redação da lei em referência não foi das mais felizes, o que vêm se tornado praxe nas nossas legislações mais recentes. Em inúmeros pontos permanecem dúvidas sobre a constitucionalidade ou não de certos dispositivos, além de sutilezas gramaticais que permitem interpretações dúbias, eivaram a lei desde sua promulgação.

Entretanto, o que não resta dúvida é que, para a interceptação telefônica, deve haver autorização judicial, *fumus boni iuris e periculum in mora*, sendo que a mesma só será admitida quando: houver indícios razoáveis da autoria ou participação da pessoa no evento; a prova não puder ser feita por outro meio; e se tratar de crime punível com reclusão.

Além disso, com o objetivo de punir quem viole as comunicações telefônicas afora as hipóteses legais, trouxe, em seu artigo 10, a previsão de crime, punível com reclusão de dois a quatro anos, o fato de “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.

7. Teoria da proporcionalidade

A teoria da proporcionalidade foi desenvolvida na Alemanha e nos EUA sendo que esta defende que deve haver um balanceamento dos bens jurídicos colocados em jogo para se determinar se a prova deve ou não ser considerada ilícita.

Em outras palavras, tal doutrina defende que seja feita uma escolha, no caso concreto, entre os valores postos em confronto para que se decida sobre a vedação probatória. Assim sendo, admite, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, que uma prova que, em tese fosse, considerada ilícita seja admitida com base no equilíbrio entre os valores contrastantes.

O fundamento desta teoria é nobre, pois visa a impedir possíveis distorções que rigidez de exclusão da prova poderia trazer em casos graves. Entretanto, deve se ter uma certa cautela, sendo que se lida com valores extremamente subjetivos ao considerar quando o caso é grave e qual valor deve prevalecer ao outro.

8. Teoria da árvore envenenada

Outra questão controversa a ser analisada é a de uma prova lícita, mas que foi obtida de maneira ilícita, ou seja, através de uma prova ilícita chega-se a uma prova, em tese, lícita. É o caso da confissão obtida através de tortura de informações por meio de escutas clandestinas em que se chega a circunstâncias que levem a apuração dos fatos etc.

Esta prova que em tese é lícita, mas foi obtida por meios ilícitos é admissível?

A respeito, a Suprema Corte dos EUA desenvolveu uma teoria a qual denominou de "*Fruits of the poisonous tree*" em que o defeito da árvores se transmite aos frutos, ou seja se a arvore é envenenada envenenado são seus frutos. Assim sendo, se a prova parte de uma prova ilícita também deve ser considerada como tal.

O Supremo Tribunal Federal em vários casos adotou tal teoria para considerar certas provas ilícitas por derivação.²⁴

Para a solucionar a questão os adeptos da teoria da proporcionalidade entendem que o mesmo raciocínio deve ser usado, sendo que os valores devem ser analisados para se chegar ao predominante. Por seu turno, quem nega aplicabilidade à primeira teoria, aqui, para manter a coerência deve postular pela proibição de tal prova no processo.

9. Conclusão

Diante do exposto, sem embargo de posicionamentos contrários, conclui-se que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser admitidas no processo penal, salvo se for para beneficiar o acusado, isto porque, elas constituem uma verdadeira lesão a direitos fundamentais do homem, e uma lesão a tal direito individual do cidadão, antes de ofendê-lo, fere toda a sociedade e o Estado Constitucional de Direito.

E mais, a Polícia Judiciária e o Ministério Público, não deveriam usá-las, sequer para orientar suas investigações e "fabricar" provas lícitas, porque tal postura aproveita e incentiva a conduta ilícita de atentar contra a liberdade e individualidade do cidadão.

Tais órgãos estatais, deveriam ser os primeiros a pugnam pela estrita observância de nossa legislação e da proteção do indivíduo, seja ele quem for, mesmo que seja culpado, pois existem meios para se demonstrar tal condição e formas legais de ser punido pelo ato praticado.

BIBLIOGRAFIA:

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

ARANHA. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1994.

BARANDIER, Márcio Gaspar. A prova ilícita no Processo Penal, artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais número 2, abril – junho 1993, São Paulo.

²⁴ Cf. boletim IBCCrim n. 30, junho/95 e Ricardo Raboneze, Provas obtidas por meios ilícitos, p. 33 e ss.

- BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 1996.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. O Direito à Defesa na Constituição, São Paulo: Saraiva, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1993.
- FRAGOSO, Heleno, Jurisprudência Criminal, Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- FREIRE, Ranulfo de Melo. Valor Probatório do Inquérito Policial, Revista Brasileira de Ciências Criminais número 0.
- GRECO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Interceptação Telefônica, São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER Ada Pellegrini e outros. As Nulidades no Processo Penal, São Paulo: Malheiros, 1994.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das Provas no Processo Penal, Trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1996.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol 1, Campinas: Bookseller, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão, São Paulo: RT, 1999.
- PITOMBO, Cleonice A Valentim. Da Busca e Apreensão no Processo Penal, São Paulo: RT, 1999.
- RABONEZE, Ricardo. Provas obtidas por meios ilícitos, Porto Alegre: Síntese, 1999.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. A Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da Ung, V. 1, Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. A prova no Processo Penal e as provas obtidas por meios ilícitos. Revista Unicsul número 7, Dezembro/2000.

_____ (org.). Temas Relevantes do Direito - Vol. 2. São Paulo: Lúmem, 2002.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal vol 1, São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993.