

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Robervani Pierin do Prado

Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito Penal da Universidade Paranaense - Umuarama/PR.

SUMÁRIO: *Esboço histórico. A importância da prova em matéria criminal. O processo e as provas. Princípio da dignidade da pessoa humana e outras tutelas constitucionais. O trinômio liberdade - ônus - livre convencimento. A prova ilícita. Tendências contemporâneas. Bibliografia.*

1.-Escorço Histórico

A título de introdução, cumpre assinalar que a evolução histórica do direito, no que tange a especificidade dos meios probatórios no processo penal, demonstrou profundas variações de avaliação e métodos.

As provas ilícitas, em sua concepção atual, seria quase que a totalidade dos elementos colhidos pelo sistema que caracterizou a Santa Inquisição, com raízes no Direito Romano, mas que se desenvolveu segundo o modelo canônico.¹ Realmente, há cerca de oito séculos, a Santa Inquisição praticou atrocidades sem precedentes na história do processo, no afã de obter verdades a seu modo,² em nome de uma eventual fé, dita cristã, através da qual os anais registram negros e aviltantes episódios.

Por oportuno, não se pode deixar de mencionar que uma das razões para o fortalecimento e freqüente utilização desse processo canônico, foi a derrocada e instabilidade do Poder do Estado, posto que inicialmente o ordenamento jurídico

¹-Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 38.

²-Anita Waingart Novinsky, *Inquisição*, p. 8-30, *apud*. Francesco Chimenti, *O processo penal e a verdade material*, p. 89.

da Igreja Católica tinha cunho meramente disciplinar e como destinatários somente os religiosos.³

Mas, falando da evolução das provas penais, é indispensável assinalar que afora questões políticas e sociológicas, as formas arcaicas de provas tiveram forte influência mística e religiosa.

As crenças dominantes e a incapacidade de levar a cabo uma investigação que não se explicasse somente pelo sobrenatural impediam melhor conhecimento dos fenômenos naturais e dos fatos humanos, e, principalmente, não se podia fornecer explicação para o crime.

Os chamados juízos de Deus, representam esse período da evolução das provas, onde a divindade “decidia”. As provas deveriam simplesmente ser aceitas, pois o juiz apenas homologaria o resultado do experimento, sem poder de investigar e julgar o fato do homem,⁴ levando TARDE a definir as ordálias como as perícias legais do passado.⁵

Com a finalidade de disciplinar e dar conteúdo às provas, surgiu a lei para estabelecer quais as provas exigidas para demonstração de cada delito, onde havia prévia fixação do grau e qualidade do meio probatório. Esse sistema denominou-se provas legais.⁶

As provas legais, face à ausência de discricionariedade, tornavam o juiz mero expectador do processo, à medida que não podia efetivamente atuar na busca da realidade dos fatos, subtraindo do povo a cidadania e a própria liberdade. Por oportuno, ressalte-se a assertiva do festejado mestre Tourinho Filho, ao fazer a seguinte comparação:

Se num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outra inverossímil houvesse sido apresentada por duas testemunhas, esta prova se sobrepunha àquela, sem embargo da sua inverossimilhança. Por outro lado, o Juiz não podia recorrer a todos os meios de prova que lhe parecessem úteis e oportunos: restringia-se às disposições legais.⁷

³-Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, *Elementos de Direito Penal*, p. 24.

⁴-Eugenio Florian, *De Las Pruebas Penales*, tomo I, pág. 23.

⁵-TARDE, *Criminalité Comparée*, p. 129, *apud*, Eugenio Florian, *De Las Pruebas Penales*, tomo I, pág. 123.

⁶-Cf. Eugenio Florian, *De Las Pruebas Penales*, tomo I, pág. 24-25.

⁷-Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. III, pág. 219.

Beccaria, seguindo os ensinamentos de Montesquieu, também pregava um dos postulados deste sistema, dizendo que *é necessário mais de uma testemunha, porque enquanto uma afirma e outra nega, nada há de certo, e prevalece o direito que cada um tem de ser considerado inocente.*⁸

A Igreja de igual forma recusava testemunha única, conforme estabelece o artigo 1791, parágrafo 1º, do Código de Direito Canônico, *in verbis: Unius testis depositio plenam fidem non facit, nisi sit testis qualificatus qui deponat de rebus ex officio gestis* [A declaração de testemunha única não faz plena fé, se não é uma testemunha qualificada que declara sobre fatos de sua profissão].

A história registra ainda, o sistema da íntima convicção, onde o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O magistrado pode valer-se, inclusive, de conhecimentos particulares sobre os fatos, inobstante a ausência de provas no processo, dispensando a fundamentação. Trata-se, como afirma o prof. Tourinho Filho, *de sistema diametralmente oposto ao das provas legais. Enquanto neste o legislador demonstra sua desconfiança no Juiz, naquele (íntima convicção) há inteira e absoluta confiança no Juiz.*⁹

Por fim, a terceira fase desta evolução é marcada pelo sistema do livre convencimento, também chamado de persuasão racional, impregnado dos ideais democráticos de liberdade e humanização da prova, onde o julgador tinha a livre convicção, todavia, esta convicção encontrava limites nas provas coligidas no processo, cabendo uma referência para outro movimento que exige nas investigações uma orientação pelos métodos colocados à disposição pelas ciências criminais.¹⁰

Nossa legislação processual adotou o princípio da persuasão racional ou livre convencimento do juiz, expressa pelo conteúdo do artigo 157, do Código de Processo Penal, e confirmada pela Constituição de 1988, ao estabelecer que as decisões desprovidas de fundamentação são consideradas nulas (artigo 93, inciso IX).

2.-A importância da prova em matéria criminal.

Historicamente, sempre foi preocupação dos doutrinadores, em especial e com mais relevo durante o Iluminismo ou o chamado período humanitário do Direito Penal,¹¹ estabelecer ou democratizar as regras de processo.

⁸-Cesare Bonessana, *Dei Delitti e delle pene*, VIII.

⁹-Fernando da Costa Tourinho Filho, *op. cit.*, vol. III, pág. 219.

¹⁰-Eugênio Florian, *op. cit.*, p. 25.

¹¹-Entre outros representantes deste período, podemos citar Rousseau, Voltaire, Charles Louis Secondat et Barão de la Brède Montesquieu e Cesare Bonessana (Marquês de Beccaria).

Obviamente, ponto central da questão era examinar as regras atinentes à produção das provas, compreendidas como aquelas autorizadas da imposição de uma sanção criminal.

Desta forma, em se tratando de prova, há exigências legais de suma importância, e são aquelas inerentes às pessoas a quem a lei confia a decisão sobre o fato, aos meios postos à disposição do magistrado preparador para indagação da verdade e as regras de apreciação dos elementos probatórios, vale dizer, em que consiste o sistema da prova legal que norteará a atuação do juiz.¹²

Difundiu-se a idéia segundo a qual a razão do legislador traçar regras sobre prova está ínsita na própria idéia de formação do processo criminal. A base deste entendimento é que o processo criminal está diretamente ligado aos interesses da sociedade, à punição de todo culpado, porém, não se pode olvidar a proteção devida às liberdades individuais e civis que por efeito do processo podem ser gravemente comprometidas, além da necessidade inafastável de jamais castigar um inocente.¹³

Dessarte, a importância da prova considerava também a necessidade dessas regras evitarem que um culpado escapasse à responsabilização criminal, ante a falta de efetividade daquela. A lei judicial penal não deve ser trampolim fácil, de modo a eximir da sanção o infrator da lei penal.¹⁴

Esse receio de ferir um inocente levou o legislador a restringir, o mais possível, o meio de prova aceitável e decisivo em juízo; e a lei, sobre este ponto, mostrar-se-á tanto mais benévola ou rigorosa quando se tiver deixado influir o seu autor pelas contraditórias considerações sobre a dificuldade de se estabelecer um critério equânime de apreciação das provas.

Assim, as regras concernentes à prova e à organização do processo são de interesse público e simultaneamente podem atingir o particular e o Estado, detentos do *jus puniendi*, caso haja distorções ou ilegalidades que os afetem.

É aguda a observação do prof. Tornaghi ao afirmar que:

tanto o acusador quanto o acusado representam no processo penal interesses públicos, porque o Estado tem tanto interesse na punição de um culpado quanto na absolvição de um inocente e tutela de igual modo a segurança pública e a liberdade individual. E, se, por ausência de interesse do acusador ou do acusado, respectivamente na condenação ou na absolvição, desaparece o lití-

¹²-Mittermaier, Carl Joseph Anton., *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 14.

¹³-Mittermaier, Carl Joseph Anton., *idem*, *ibidem*.

¹⁴-Hernando Dreis Echandia, *Teoria Geral de la Prueba Judicial*, vol. 1, pág. 14.

*gio, permanece, entretanto, a duplicidade do interesse público e tanto basta para manter vivo o processo.*¹⁵

Com efeito, o direito processual penal precisa encontrar a fórmula para a consecução de seu fim precípua, todavia, essa fórmula deve guardar uma relação de disciplina e respeito aos bens jurídicos valorados e julgados de suma importância para toda a sociedade, considerando-se a moderna concepção de Estado de Direito Democrático e Social.¹⁶ O ideal é alcançar os instrumentos para ir ao encontro da verdade real e da justiça.

3.-O processo e as provas.

É condição *sine qua non* para o exame do tema proposto neste trabalho, que o processo penal deva seguir o sistema acusatório, ao menos na segunda etapa do procedimento formal (ação penal propriamente dita), garantindo a liberdade jurídica da pessoa física que integra a sociedade.

É inadmissível que autoridade possa *spont sua*, controlar o procedimento e praticar os atos que entender necessários, quando a contaminação do processo penal ofende o próprio interesse público e é sabido que “*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*”.

Enquanto a inquisitorialidade permite uma apuração unilateral e sem obediência a primados básicos assegurados ao particular, o sistema acusatório proporciona um processo de partes, e, neste particular, cotejando-se esse posicionamento com os princípios assegurados pela Constituição Federal de 1988, autoriza, v.g., a ampla defesa e um contraditório pleno.

Assim, busca-se maior aproximação da finalidade divulgada do processo penal como sendo a “verdade material”. E dizemos “aproximar-se”, porque “*a verdade, de modo absoluto, objetivamente considerada, não pertence ao homem, mas, tão-só a Deus*”,¹⁷ conforme assevera o prof. Rogério Lauria Tucci, que arre-mata doutrinando no sentido de que “*no âmbito da jurisdição penal*”, objetiva-se “*uma idéia mais ou menos exata, sobre a ocorrência de uma prática tida como delituosa; vale dizer, uma idéia constitutiva de certeza*”.¹⁸

¹⁵-Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, vol. I, pág. 225.

¹⁶-Cf. Luiz Regis Prado, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, pág. 51-55.

¹⁷-Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p.181-2.

¹⁸-Rogério Lauria Tucci, *idem.*, p. 182.

4.-Princípio da dignidade da pessoa humana e outras tutelas constitucionais.

Num enfoque bastante atual, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988, promoveu a consagração de alguns direitos inerentes à pessoa humana,¹⁹ que interferiram de modo decisivo para o estudo do direito e do processo penal, e, mais isoladamente, das provas admitidas com o objetivo de atingir a verdade real.

A dignidade da pessoa humana, expressa em vários dispositivos da Carta Maior, *verbi gratia*, a tutela da intimidade, do direito à privacidade, são alguns exemplos do avanço que o Constituinte de 1988 solidificou.

Ainda sobre a tutela da intimidade, é curial ressaltar a contribuição decisiva do prof. Paulo José da Costa Júnior, que antevendo o problema, na década de 70, apresentou trabalho monográfico sobre o tema destacando que “*o processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica*”.²⁰

No artigo 5º, inciso LVI, estabeleceu-se que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, traçando definitivamente os limites em tema de produção de provas no processo penal.

De fato, se é certo que nem os fatos incontroversos dispensam a produção de provas, v.g., materialidade comprovada e autoria confessada, também é certo que as provas obtidas ilicitamente contaminam todo o processo, impedindo um pronunciamento jurisdicional válido, isto porque, via de regra, sempre que ocorrer ofensa ao direito material na obtenção do elemento com o qual se pretenda promover a responsabilização penal de um indivíduo, a CF/88 intervirá através do dispositivo anteriormente apontado.

A Constituição em vigor definiu o princípio da dignidade da pessoa humana, à luz da linha sócio-democrática que a caracteriza. Se no passado, o Poder Estatal exercia sua atividade protetiva considerando o indivíduo, atualmente a Magna Carta contém uma estrutura típica de um Estado de Direito Democrático e Social.

Assim, a dignidade da pessoa humana, em seu aspecto substancial, constitui parâmetro para interpretar-se e definir-se o conteúdo das provas ilícitas.

O legislador constituinte, com toda a gama de garantias inseridas no Texto Maior, objetivou pôr o particular a salvo de qualquer violência potencialmente surgida das próprias estruturas do Poder Público e/ou de particulares.

¹⁹-Cf. Francesco C. Palazzo, *Valores Constitucionais e Direito Penal*.

²⁰-Paulo José da Costa Jr, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, pág. 14.

5.-O trinômio liberdade - ônus - livre convencimento

O processo penal está em franca evolução caminhando sempre no sentido de aperfeiçoar as fórmulas para a busca da verdade, em consequência, a problemática em torno das provas e dos meios passíveis de utilização é uma constante.

Nosso Código de Processo Penal vige há praticamente 50 anos e previu diversos meios de produção de provas, portanto, a assertiva de que o ordenamento jurídico não vedou outras formas usadas no intuito de provar determinada circunstância relevante para a elucidação do caso é racional, sendo consequência de uma interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, é correto ponderar que a enumeração dos meios de prova inserta no CPP atual é meramente exemplificativa, inexistindo vedação quanto a outros não elencados no referido Diploma.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer expressamente que as provas ilícitas não são admitidas no processo, delimitou materialmente essa liberdade probatória.

A prova pretende alcançar uma finalidade no processo que é a reconstituição do evento, todavia, os meios de que as partes lançam mão, obrigatoriamente não podem ser ilícitos ante a proibição constitucional. Objetivamente, contudo, uma vez produzida validamente a prova, é certo que *“torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição)”*.²¹

Desta forma, a liberdade probatória é a regra, interpretando-se a *contrario sensu* o artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88, confirmada pelo teor do artigo 155, do Código de Processo Penal, que restringe a produção da prova somente quando se refira ao estado das pessoas, indicando o juízo cível como o competente para decidir essa questão.

Nessa linha de raciocínio, afirma-se que não se pode permitir barreiras impedindo o progresso no aprimoramento do processo como veículo cada vez mais eficaz, de modo a ensejar o encontro do juízo de fidelidade tão condizente com o pensamento filosófico da melhor doutrina de processo penal, razão pela qual acompanhamos o escólio do prof. Hélio Tornaghi, ao asseverar que *“se o legislador entende que, a priori, não é possível considerar qualquer prova como adequada ou não, para demonstrar um fato, o que ele tem de fazer é não estabelecer qualquer restrição à admissibilidade das provas”*.²²

²¹-Antonio de Araújo Cintra *et alli*, *Teoria Geral do Processo*, pág. 312.

²²-Hélio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. II, p. 681.

6.-A prova ilícita

Feitas as considerações sobre o tema, principalmente contextualizando historicamente a matéria com o único propósito de entender a natureza e os fins do processo penal, desmistificando algumas falsas concepções e mostrando outras que, na infeliz visão de muitos que lidam com o direito às vezes são retrógradas e ferem primados básicos de processo e direito penal, o problema agora é definir o que seja prova ilícita, para, num segundo momento, identificar seus efeitos.

Da mesma forma, somente para comparativamente deixar bem situada a questão, é mister traçar um paralelo sobre o tratamento da prova ilícita no processo civil, face à diversidade de bens jurídicos perseguidos.

Com efeito, se no processo penal a consequência do provimento jurisdicional pode ser a “ofensa” ao “direito de liberdade” atingindo bem jurídico teoricamente indisponível, no processo civil, os bens em jogo, via de regra, têm cunho patrimonial, portanto, caracterizado por sua disponibilidade.

6.1.-Definição

A prova ilícita, no magistério de Ada P. Grinover, ubica-se na categoria de prova vedada, compreendendo-se como aquela que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo.²³

Por outro lado, deve-se atentar para uma necessária dicotomia existente no que pertine às provas vedadas, posto que a doutrina distingue as provas ilícitas (ou obtidas por meios) das provas ditas ilegítimas.

Com efeito, a prova será ilícita sempre que na sua produção houver relação de contrariedade com o direito material, vale dizer, desde seu nascedouro a prova é ilícita (vício de origem), enquanto que a prova ilegítima, apesar de ser lícita, é produzida ao arrepio da lei processual (vedação de caráter formal). A dificuldade de conceituação é extrema, bastando lembrar a discussão sobre a objetividade jurídica do delito de falso testemunho, quando Binding, citado por Regis Prado, sustenta-o como crime contra os meios de prova,²⁴ posto que interfere na pureza desta.

A proibição de juntada de documentos na fase das alegações finais no procedimento dos crimes dolosos contra a vida (art. 406, parágrafo 2º. do CPP), e ainda, nos três dias que antecedem a sessão de julgamento (art. 475, do CPP), são exemplos de provas ilegítimas, embora quanto à origem, sejam lícitas.

Portanto, o que caracteriza a ilicitude da prova é a forma de sua obtenção não sendo apta a gerar efeitos no processo onde foi produzida, posto que viola

²³-Ada Pellegrini Grinover *et alli*, *Nulidades no Processo Penal*, pág. 108.

²⁴-Luiz Regis Prado, *Falso Testemunho e Falsa Perícia*, pág. 72.

regras de direito material, v.g. *invasão de domicílio, violação de sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais.*²⁵

A interpretação sistemática e teleológica da Constituição de 1988 leva-nos a concluir que para definir com precisão os contornos da denominada prova ilícita, o julgador, no momento de avaliá-la, precisa fazê-lo a partir da conjugação dos direitos fundamentais do acusado e da pessoa humana com a proibição de admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Em síntese, encontrar o verdadeiro sentido do alcance pretendido pelo dispositivo constitucional só é possível se o intérprete considerar, além de eventuais ofensas à legislação ordinária (de direito material), todos os direitos fundamentais contemplados pelo ordenamento jurídico.²⁶

Para justificar nosso entendimento, mais uma vez recorremos aos ensinamentos da Prof^a. ADA P. GRINOVER, quando ao arrematar a questão sobre a colocação do tema, assevera que “*Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação de 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 à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.*”²⁷

Atualmente, o tema pertinente à interceptação telefônica encontra-se disciplinado pela Lei nº 9.296/96, que regulamentou a parte final do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

6.2.-Efeitos frente ao processo penal

As provas obtidas por meios ilícitos não são admitidas no processo penal, em razão de expressa proibição contida no Texto Maior, porém, um novo problema surge se essas provas foram as ditas “ilícitas por derivação”, suscitando algumas discussões.

As nominadas provas ilícitas por derivação são aquelas, em si mesmas lícitas, porém, a sua produção ocorreu por meio ilícito, *verbi gratia*, a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime ou na interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.²⁸

²⁵-Nelson Nery Júnior, *Princípio do Processo Civil na Constituição Federal*, pág. 156.

²⁶-Neste sentido: Adherbal de Barros, *A investigação criminosa da prova*, RT 504, pág. 289.

²⁷-Ada Pellegrini Grinover *et alli*, *op. cit.*, pág. 109.

²⁸-Ada Pellegrini Grinover *et alli*, *Nulidades no Processo Penal.*, pág. 114

A tutela penal dos direitos humanos, via de consequência constitucionais, não pode agasalhar provas ilícitas por derivação, aplicando-se a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Estabelecendo um paralelo entre o princípio da legalidade, os direitos do indivíduo e a prova obtida por meio ilícito, ainda antes da edição da Constituição Federal de 1988, o prof. Heleno Cláudio Fragoso foi preciso quando disse que

A questão da legalidade da prova é, em geral, considerada com referência aos meios empregados para obter elementos de convicção relacionados com o fato delituoso. Como se sabe, nos Estados Unidos, a Suprema Corte, interpretando a garantia contra buscas ilegais, da quarta emenda à Constituição, fixou de maneira absoluta e peremptória a inadmissibilidade de prova obtida ilegalmente. As reservas que aqui se estabelecem não se relacionam com a credibilidade da prova, mas com a exclusão de determinados elementos, independentemente de sua aptidão para evidenciar fatos relevantes, tendo em vista que sua obtenção ou sua produção viola princípios essenciais de garantia para o acusado. Entre nós, o STF já decidiu que a prova obtida por meio ilegal anula o processo (Rev. For. 199/258). A luta pela verdade encontra limitações importantes. (Jurisprudência Criminal, cit., II/408-409, nº 392).

No caso "*Olmstead vs. United States*", os Juízes norte-americanos BRANDEIS e HOLMES refutaram prova formada ou produzida ilegalmente como imperativo da integridade judiciária. Asseverou BRANDEIS, nessa oportunidade, que

um Juiz digno desse nome não pode, no momento em que condena o autor de um crime e assim reafirma um império da lei, utilizar as provas da culpabilidade que alguém tenha obtido violando a lei, cometendo crimes ou servindo-se do fruto de crimes cometidos por outros, a autoridade ensina o desprezo pela lei e encoraja a anarquia. Declarar que na repressão dos crimes os fins justificam os meios, ou seja, que o Juiz pode valer-se da prática de um crime para reprimir outro, teria efeitos desastrosos para nossa sociedade.²⁹

²⁹-Heleno Claudio Fragoso, *apud*, Fernando de Almeida Pedroso, *Prova Penal*, pág. 166.

O estudo sério e científico do problema deixa claro que a inadmissibilidade das provas ilícitas tem cunho preventivo, à medida que, a autoridade, sabendo que a prova não vai ser apresentada em juízo, abstém-se de agir violando a lei.

É razoável que o interesse público exija maiores garantias, que, por via reflexa, confirma a essência da finalidade do processo penal, considerando-se o bem jurídico que este persegue. Enfim, é melhor a alternativa de que um criminoso fique impune, que outorgar eficácia à prova que o desvendou, quando produzida com violação de direitos fundamentais do acusado.

6.3.-Provas e nulidades

É de conhecimento geral que se dentro do processo ou fora dele são praticados atos que possam influir no resultado que se almeja (a verdade real), o ordenamento jurídico atua com toda a coercibilidade necessária, objetivando eliminar o vício.

Portanto, no caso do tema em trato, surgindo uma prova ilícita, esta deverá ser expurgada do processo de modo que não venha a desvirtuar sua finalidade e, conseqüentemente, considerando que o Código de Processo Penal adotou o sistema da instrumentalidade das formas aliado ao princípio da causalidade, o magistrado sempre que declarar a nulidade de uma prova adquirida ou produzida em tais condições, também tem o dever de assinalar quais os atos processuais que foram atingidos.

De fato, além de ilógico, também não é razoável que se admita como válidos outros atos decorrentes da prova ilicitamente produzida. Assim, *como o que é nulo não pode produzir efeito (quod nullum est, nullus effectu producit), a nulidade do ato contamina os atos que dele dependam ou sejam consequência, de acordo com o princípio da causalidade, ocorrendo o que se tem denominado de nulidade derivada.*³⁰

Esta conclusão deflui da redação dada ao artigo 573, parágrafo 1º, do CPP, e tem o escopo de evitar a convalidação implícita de qualquer meio de prova ilícita ou ilegítima, para manter intacto o processo e a sua *ratio*.

7.-Tendências contemporâneas

O assunto, como explanado neste trabalho, é árido e repleto de controvérsias haja vista que repetidamente temos situações de conflito entre os interesses ou direitos do acusado e a busca da verdade real. Como relatado, tão somente para

³⁰-Julio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 644.

ilustrar, é a hipótese de uma prova furtivamente obtida pelo imputado, sendo a única capaz de inocentá-lo.

Em verdade, às vezes esses conflito e contradições jurídicas nos deixam propensos a admitir a produção ou aceitação de uma prova ilícita.

A tendência de nossos Tribunais e de uma sensível parcela dos doutrinadores, é no sentido de permearem uma tese intermediária, adotando a proporcionalidade (*verhättnismässigkeit*), como critério fundamental para proclamar admissão ou recusa de uma prova obtida ilicitamente.³¹

Exemplificativamente, colocamos um acórdão da lavra do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, admitindo a interceptação e gravação de conversas telefônicas, num caso de adultério.³²

Nelson Nery Junior, faz alusão a um acórdão do 2º TACivSP, justificando a existência de partidários desta propalada tese intermediária, resumindo que:

*não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução da conversa por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do art. 383, do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra.*³³

No mesmo sentido, Érico Bergmann, para quem “...a despeito da violação constitucional, admite a prova ilícita para corrigir possíveis distorções ou para evitar resultados desproporcionais, injustos e até repugnantes.”³⁴

De qualquer modo, rios de tinta sobre o tema ainda serão necessários na incessante busca do lugar comum, contudo, é curial que no aprofundamento da discussão não percamos de vista a efetiva finalidade e objeto do processo penal, caso contrário, seria o retorno ao primitivo e tirânico em se tratando de disciplinar as provas.

O magistério do Prof. Tucci é preciso ao arrematar que:

³¹-Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*, p. 154.

³²-“Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas de cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, que à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Comunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização”. (TJRJ, 5ª Câ. Cív., Agr. de Inst. 7.111, julgado em 22.1983).

³³-Nelson Nery Junior, *idem*, *ibidem*.

³⁴-Érico r. Bergmann, *Prova Ilícita - A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade*, pág. 16.

*assim sendo - deve ser aduzido, - não coonestando, a Carta magna da República, qualquer temperamento à preceituação determinante da inadmissibilidade de "provas obtidas por meios ilícitos", uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente legítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm elas como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.*³⁵

Por fim, é oportuna a lição do saudoso professor Ruy Barbosa, para quem *"a declaração de um direito individual pela constituição do Estado importa na imediata aquisição do direito assegurado e na proibição geral, aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem"*.³⁶

BIBLIOGRAFIA

- AQUINO**, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 2ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- BARROS**, Adherbal de. *A investigação criminosa da prova*. In Revista dos Tribunais, nº 504, São Paulo, RT, 1977.
- BERGMANN**, Érico R. *PROVA ILÍCITA - A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre, Escola Superior do Ministério Público/Associação do Ministério Público, número 5, 1992.
- CHIMENTI**, Francesco. *O Processo penal e a verdade material: teoria da prova*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995.
- CINTRA**, Antonio Carlos de Araújo, et alli. *Teoria Geral do Processo*. 7ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- COSTA JR.** Paulo José. *O direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- ECHANDIA**, Hermano Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, Argentina, Victor P. de Zavalía Editor, 1974.

³⁵-Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, pág. 238.

³⁶-Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. II, pág. 484.

- FLORIAN**, Eugenio. *De las pruebas penales*. trad. de Jorge Guerrero. 2ª edição, Bogotá, Colombia, Editorial Temis Bogotá, 1976.
- FRANCO**, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1960.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini *et alli*. *As Nulidades no Processo Penal*. 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1992.
- _____ *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1980.
- JARDIM**, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Editora Forense.
- LARENZ**, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. trad. de José Lamego, 2ª edição, Lisboa, Portugal, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LOPES**, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Legalidade Penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MALATESTA**, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. trad. de Waleska Giroto Silverberg, Ed. Conan, 1995.
- MARQUES**, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, 1965.
- MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo, Ed. Atlas, 1994.
- MITTERMAIER**, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. trad. de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas, Ed. Bookseller, 3ª edição. 1996.
- NERY JÚNIOR**, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1996.
- NERY JÚNIOR**, e **ANDRADE NERY**, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- NOVINSKY**, Anita Waingart. *A Inquisição*. São Paulo, Editora Brasiliense S.A., 1982.
- PALAZZO**, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. trad. de Gerson Pereira dos Santos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PEDROSO**. Fernando Almeida. *Prova Penal*. Rio de Janeiro, Editora Aide, 1994.
- PRADO**, Luiz Regis, e **BITENCOURT**, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Falso Testemunho e Falsa Perícia. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., rev., atual., e ampl., 1994.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

_____. *Curso de Processo Penal*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

_____. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo, Editora Saraiva, 1993.