

A CONSTITUIÇÃO E AS PROVAS ILCITAMENTE OBTIDAS \*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, à simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo: abarca série extensa de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição.<sup>1</sup> Dentre tais faculdades sobressai o chamado direito à prova. Sem embargo da forte

tendência, no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade,<sup>2</sup> inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial.

É evidente que o direito à prova implica, no plano conceptual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante. Esse princípio fundamental, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica de enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícias e outros meios tradicionais, em geral minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para administrar ao juiz

informações úteis à reconstituição dos fatos (“atípicas”).<sup>3</sup>

Por outro lado, convém ter presente que no direito em geral, e no processo em especial, é sempre imprudente e às vezes muito danoso levar às últimas consequências, como quem dirigisse veículo sem fazer uso do freio, a aplicação rigorosa e lógica de qualquer princípio. Desnecessário frisar que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque creê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.

Ademais, com muita frequência não de levar-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios ordenados a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem-sucedida, de conciliar necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio.

A disciplina da atividade probatória não constitui aqui exceção. Facilmente

se entende que o afã de tornar convincente para o órgão judicial esta ou aquela versão dos fatos possa induzir a parte a exceder as fronteiras do razoável, em detrimento de interesses também juridicamente relevantes. Por exemplo: o ordenamento protege – e hoje não se conceberia que deixasse de fazê-lo – o interesse que tem toda pessoa na preservação de sua intimidade. Daí certas limitações à liberdade de investigar e à exigibilidade da cooperação de terceiros: v.g., a autorização dada à testemunha para negar-se a responder a perguntas relativas a fatos cuja divulgação poderia causar-lhe grave dano, inclusive de natureza moral.<sup>4</sup>

Em semelhante contexto vem-se suscitando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica.<sup>5</sup> Conforme bem se sabe, manifestam-se a tal respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira,<sup>6</sup> deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à

<sup>1</sup> Conferência pronunciada em Belo Horizonte, em 10.10.1996, e em Salvador, em 18.10.1996. O texto (acrescido das notas) resulta da tradução, revista, ampliada e atualizada, de artigo escrito em castelhano, sob o título “Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña”, para integrar o volume de estudos, a ser editado no México, em memória de Ignacio Medina Lima, e nessa forma originária publicado na *Revista de Derecho Procesal* (espanhola), n. 3/95, e na *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n. 1/96.

<sup>2</sup> Lê-se em moderna e prestigiosa obra da teoria geral do processo: “A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não só a sustentação do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação de convencimento do juiz” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 12.ª ed., S. Paulo, 1996, p. 256).

<sup>3</sup> Desse ponto de vista não é possível deixar de enxergar surpreendente e melancólico no *Codice di procedura penale italiano* de 1988, cujo art. 190.1 restringe a iniciativa oficial às hipóteses expressamente contempladas: *La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.*

<sup>4</sup> Por exemplo, art. 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são habéis para demonstrar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. A disposição inspirou-se no art. 87 do Código vaticano, cuja redação, cabe observar, é mais clara: para uma comparação entre o modelo e a cópia, vide Barbosa Moreira, “Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano”, in *Studi in onore di Vittorio Dennis*, Padova, 1994, vol. I, p. 9 ou *Temas de Direito Processual*, 5.ª série, S. Paulo, 1994, p. 194-195.

<sup>5</sup> Assim o art. 406, inc. I, do CPC: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I, que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau”.

<sup>6</sup> Dadas as vastas proporções já atingidas pela literatura, não é simples a escolha de indicações bibliográficas. Para um claro resumo das várias posições doutrinárias, vide Ada Pellegrini Grinover, “Provas ilícitas”, in *O processo em sua unidade*, Il. Rio, 1994, p. 172-174.

<sup>7</sup> Dominante, registre-se, não apenas em países de regime autoritário, como os que formavam o antigo bloco socialista, mas também noutros de tradições inquestionavelmente liberais (no sentido mais nobre da palavra), v.g. Inglaterra, Canadá, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Suíça: vide Ada Pellegrini Grinover, *Libertades públicas e processo penal*, 2.ª ed., S. Paulo, 1982, p. 116 e s., e 129 e s.

prova o valor que possa como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegítimamente obtida.

Entre esses extremos, têm-se proposto soluções mais matizadas. Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deveria ser sacrificado, em que medida.

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade.<sup>7</sup> Há que verificar se a transgressão se explicava

por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar-se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor.

Às vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem a excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, à emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder de vista que as situações são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de "bons costumes", o de "mulher honesta" ou o de "interesse público". A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso.

Visões desse gênero, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais...

Chegou-se a expressar o receio de que a aplicação do princípio de proporcionalidade conduza a "aberrações".<sup>8</sup> É o caso de perguntar se porventura nunca se poderão mostrar mais aberrantes os resultados da estrita observância da proibição de levar em conta qualquer prova cuja aquisição se afigure ilegal.

*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (ou *Verhältnismäßigkeitsprinzip*).

<sup>7</sup> A expressão é de Ada Pellegrini Grinover, ob. cit. (nota 5), p. 177. Mas a posição da autora parece atenuada em trabalho mais recente: "As provas ilícitas na Constituição", in *O processo em evolução*, S. Paulo, 1996, p. 49.

Suponhamos, por exemplo, que em processo civil, onde se pleiteia a condenação do réu a cumprir certa obrigação, o autor alegue que o adversário lhe furará o documento oferecido como prova de já se haver extinguido a obrigação. O juiz civil tem de examinar a alegação e resolver a questão suscitada, para saber se pode ou não basear a decisão nesse documento. Por hipótese, ele reconhece a ocorrência de furto, rejeita o documento como prova ilícita e, na ausência de outras favoráveis ao réu, condena-o a satisfazer a pretensão do autor. É obvio que a solução adotada pelo juiz civil, ainda que transite em julgado a sentença, não produzirá efeitos fora do pleito que lhe tocava julgar, e de maneira alguma impedirá que, em subseqüente processo penal, o órgão competente para decidir *principaliter* a matéria venha a absolver o suposto infrator, negando a existência do fato delituoso e afirmando que fora absolutamente regular o comportamento do réu. *Quid iuris?* No feito civil desprezou-se uma prova que, afinal de contas, não era ilícita. O litigante que apresentara o documento terá sofrido manifesta e injusta lesão no direito de provar suas alegações — lesão que se cristalizará em definitivo, caso não exista no ordenamento remédio idôneo para ensejar, em tal hipótese, a revisão do julgamento civil. Porventura não se há de ver nisso uma aberração?

A Constituição de 1988 distingue-se das antecessoras, entre outras coisas, pelo maior relevo que deu aos temas processuais, e — ao contrário do que antes quase sempre sucedia — não só no campo penal. É natural que se haja ocupado de nosso problema. Nos trabalhos da Assembleia Constituinte exerciu grandes influências um grupo de juristas, que prestou excelentes serviços de assessoria aos congressistas. Deve-se principalmente a eles a inclusão de várias disposições importantes no texto constitucional, sobretudo no que tange às garantias processuais dos direitos individuais e coletivos.

Predominava nesse grupo a corrente hostil à admissibilidade das provas obtidas mediante comportamento ilegal. Não surpreende que a Constituição haja adotado a tese proibitiva, em termos literalmente categóricos. Reza, com efeito o art. 5.º, inc. LV: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Com a ressalva que em breve se mencionará (n. 9), ante regra semelhante teor não parece haver lugar para exceções, e nem sequer para atenuações. Apesar disso, é irrealístico pensar que se logre evitar totalmente a conveniência (ou melhor, a necessidade) de temperar a aparente rigidez da norma. Para não ir mais longe: como se procederá, se um acusado consegue demonstrar de maneira cabal sua inocência, com apoio em prova que se descobre ter sido ilícitamente adquirida? Alguns juízes se animarão a perpetrar injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contrair à proibição de fundar a sentença na prova ilícita? Essa questão já preocupa a doutrina, que nega em tal emergência a aplicabilidade do art. 5.º, inc. LV, da CF. Invocando jurisprudência norte-americana, argumenta-se que o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva, e acrescenta-se que não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, a qual implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Assim, na mais recente literatura, Antonio Magalhães Gomes Filho, *Sobre o direito à prova no processo penal*, S. Paulo, 1995, p. 107. A mesma conclusão, invocando a garantia constitucional da "ampara defesa", chega Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *O processo penal em face da Constituição*, Rio, 1992, p. 25-26. Para ela também parece inclinar-se embora em termos menos categóricos, Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, 4.ª ed., S. Paulo, 1995, p. 260. Consoante informa Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas*, S. Paulo, 1995, p. 77, as "Mesas de processo

Todavia, se a defesa — à diferença da acusação — fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quicá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição de acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando e restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o "poderoso chefe" do local.

Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter *relativo* que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atrainente à inadmissibilidade das

provas ilícitamente adquiridas.<sup>10</sup> Visto que, ainda entre os juristas mais comprometidos com a tese da proibição, se acaba por admitir que ela não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que tome na devida conta as variáveis necessidades sociais.

Sabemos todos que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inextorável. Basta recordar, por exemplo, como a liberdade de manifestação do pensamento e a da atividade de comunicação podem encontrar fronteiras na necessidade de resguardar a honra alheia ou o direito do autor de divulgar ou não os produtos de seu engenho e arte.

A possibilidade de provar alegações em juízo é insita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5.º, inc. XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor sempre, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da

norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigurase capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

Têm-se notado sinais de reação, aqui e ali, aos exageros a que leva uma consideração unilateral do problema. Em decisão recente e anônimo, de 05.03.1996, no *Habeas corpus* n. 4.138 — e na qual se indica precedente análogo —, espousou, a 6.ª Turma do STJ entendimento matizado, rejeitando a alegação de inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica, mediante escuta policial supostamente ilícita, no presídido a que se achavam recolhidos os impetrantes. Acentuou o relator, Min. Adhemar Maciel, a relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, e referiu-se ao "substrato ético" que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos limites razoáveis.

Independientemente do juízo que cada um faça sobre a solução dada à espécie, não sofre dúvida a relevância de argumentos contidos na motivação do acórdão. Com razão sublinha o Ministro relator quando descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais forem as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo: "pode haver", adverte, "do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido".

Retomeiros o fio da meada. Em linha de princípio, a violação do art. 5.º, n. LVI, da CF, acarreta a ineficácia das provas ilícitas e, eventualmente, a nulidade da sentença nelas fundada.<sup>11</sup> Esta

última consequência, porém não se produz senão quando se trata do único fundamento, ou pelo menos do fundamento principal da decisão. Se o juiz, ao motivá-la, invoca outras razões, suficientes per se — quer dizer, se o conteúdo da sentença permaneceria idêntico ainda com abstração da prova impugnada como inadmissível —, então não há porque invalidar o julgamento.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou mais de uma vez nesse sentido. Ao julgar o *Habeas corpus* n. 69.079, em 17.03.1992, considerou despicienda a irregularidade na obtenção da confissão do réu, desde que fundada a condenação noutras provas.<sup>12</sup> Em acórdão de 31.03.1992, no *Habeas corpus* 69.209, decidiu que, em iguais circunstâncias, não se deve anular a sentença unicamente por figurar, entre os elementos submetidos à apreciação do julgador, fita magnética que se alegava ter sido ilegalmente gravada.<sup>13</sup>

Idêntica posição, num primeiro momento, havia tomado a Corte em 30.06.1993, no *Habeas corpus* n. 69.912, também a propósito de caso em que outras provas existiam além da transcrição de fitas gravadas mediante interceptação telefônica ilícita.<sup>14</sup> Tal decisão, porém, foi depois anulada e substituída por outra, de 16.12.1993, em que veio o Tribunal a conceder a ordem de *habeas corpus* antes denegada. Ao fazê-lo, adotou o entendimento de que, como só fora possível ter acesso às outras provas pelo uso de informações contidas nas fitas magnéticas, aquelas tinham ficado "contaminadas" pela ilicitude destas e deveriam reputar-se igualmente inadmissíveis. Acolheu-se assim uma doutrina de procedência norte-americana, segundo a qual o vício de origem se transmite a todos os

(10) No dizer de Celso Ribeiro Bastos, in Celso

Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º vol., S. Paulo, 1989, p. 273, "o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação".

(11) Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance

Fernandes e Antonio Magalhães Filho, *As nulidades no processo penal*, S. Paulo, 1992, p. 116-117; Luiz Francisco Torquato Avoilo, ob. cit. (nota 9), p. 89.

(12) *Rev. Trim. de Jurisprudência*, v. 141, p. 1.

(13) *Ibid.*, p. 924.

(14) *Rev. Forense*, v. 332, p. 353.

elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita: na conhecida expressão, não se podem aproveitar os “frutos da árvore venenosa” (*fruits of the poisonous tree*).<sup>15</sup>

Para determinar o exato alcance da norma constitucional atinente às provas ilícitas impende confrontar duas disposições do art. 5.º: o supramencionado inc. LXVI e XII, em que se lê: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Do confronto podem-se extrair imediatamente algumas inferências seguras: a) não é ilícita, nem por conseguinte inadmissível, uma prova obtida nos termos da ressalva constante da parte final do inc. XII; b) a ressalva não abrange o segredo da correspondência, nem o das comunicações telegráficas ou de dados, mas exclusivamente o das comunicações telefônicas (*verbis* “no último caso”); c) cinge-se a ressalva à esfera criminal, não alcança o processo civil.

Acerca da primeira inferência (a), é oportuno assinalar a existência de autorizada opinião consoante a qual, para ser aplicável, teria a ressalva ficado dependente do advento de lei definidora das hipóteses e da forma exigíveis para que se tornasse lícito ao juiz autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Em semelhante perspectiva, enquanto perdurasse o silêncio do legislador — somente quebrado, como se sabe, pela Lei 9.296, de 24.07.1996 —, seria inconstitucional toda e qualquer violação do sigilo e, portanto, inadmissível toda e qualquer prova adquirida por tal meio.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 381. Não tem sentido constante, porém, a adesão a tal doutrina: vide a nota 17, *infra*.

<sup>16</sup> Nesse sentido, v.g., Tourinho Filho, *Processo penal*, 3.ª vol., 12.ª ed., S. Paulo,

Merece alusão aqui um julgamento de grande repercussão, mesmo fora dos meios jurídicos, realizado em 07.12.1994: o da Ação Penal n. 307, em que foram réus, entre outros, o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias.<sup>17</sup> A defesa deste arguiu em preliminar a inadmissibilidade de duas provas: a gravação e conversa telefônica, feita por uma das testemunhas, sem o conhecimento dos outros interlocutores, entre eles Paulo César; e os registros extraídos da memória do computador da empresa Verax, objeto de apreensão no respectivo escritório. Embora com divergências, foi a arguição acolhida em ambos os casos pelo STF. O relator, Min. Ilmar Galvão, sustentou em seu voto que, inexistindo lei definidora das hipóteses e da forma da interceptação, não seria possível a juiz algar, mesmo que se houvesse requerido — o que não ocorreu —, conceder autorização para gravar sub-

repticamente a conversa. Quanto aos registros do computador, tampouco assistiria à polícia o direito de apreender o aparelho sem ordem judicial, nem o de extrair dele dados particulares da empresa, ali armazenados.

Quanto à segunda inferência (b), não é fácil perceber a razão de política legislativa capaz de justificar a disciplina heterogênea da matéria no tocante, por um lado, às comunicações telefônicas e, por outro, aos demais tipos de comunicação.<sup>18</sup> Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama. Se dois membros de uma quadrilha conversam por telefone, existirá a possibilidade de escutar o que dizem, sem que eles saibam; mas, se um envia ao outro folha de papel, não haverá meio lícito de descobrir o que nela foi escrito, a menos que o próprio destinatário faça a cortesia de revelá-lo... O mínimo que cabe dizer é que o legislador constituinte revelou aí estranho amor pelo paradoxo.<sup>19</sup>

Tampouco parece razoável — e o tema, ao nosso ver, faz jus a consideração especial — a diferença que se estabelecen (c) entre o campo penal e o civil.<sup>20</sup> Não se repitam aqui as velhas e desmoralizadoras trivialidades sobre o caráter mais “grave” dos efeitos da sentença penal em comparação com os da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade de pessoa. É esquecer que no âmbito civil se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível semo com multa.

No direito brasileiro — e não só nele — a expressão “processo civil” compreende muito mais que a atividade judicial concretamente a relações jurídicas de caráter privado. É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público (administrativo, tributário, internacional e — *last but not least* — constitucional...), em regra subtridas, não menos que as de direito penal, ao poder de disposição das partes. Os interesses sujeitos à influência do julgamento nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar a amplas coletividades, quando não à sociedade como um todo.

5.º, e as disposições dos arts. 136, I, b e c, e 139, inc. III, nos quais, ao enumerar as restrições imponíveis aos direitos fundamentais por ocasião “do estado de defesa” e do “estado de sítio”, respectivamente, a Constituição se refere indiscriminadamente à inviolabilidade da correspondência e ao sigilo das outras modalidades de comunicação.

<sup>17</sup> De acordo: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scaranee Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, ob. cit., (nota 11), p. 146.

<sup>18</sup> Cf. Alcino Pinto Falcão, in Whitaker da Cunha e outros, *Comentários à Constituição*, vol. 1, Rio, 1990, p. 190. “O inc. XII contém a singularidade injustificável de abrir exceção para o caso de comunicações telefônicas, deixando de dar igual tratamento para as telegráficas e radiofônicas, *rito, ibi eadem legis dispositio*, de boa aceitação para a exegese do direito constitucional.” Também criticam a disposição Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scaranee Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, ob. cit., (nota 11) p. 116-117. Julio Fabbrini Mirabete, ob. e Jdg. cit., (nota 9), chega a admitir, “apesar da má redação do dispositivo constitucional”, a possibilidade de “regulamentação da ordem judicial para violação do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas e de dados, com fins probatórios na área penal”.

<sup>19</sup> Observa Alcino Pinto Falcão, ob. e Jdg. cit., (nota 12), a incoerência entre o texto do art.

1990, p. 213; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scaranee Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, ob. cit., (nota 11), p. 147, com indicações de jurisprudência, às quais é oportuno acrescentar o mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30.06.1992, no *Habeas corpus* n. 69.912. O mesmo argumento, entre outros, foi utilizado no julgamento da Ação Penal n. 307, a que nos referimos, no parágrafo subsequente do texto. Diversamente, ao julgar o *Habeas corpus* 69.204 (26.05.1992), a Corte Suprema havia admitido a eficácia de autorização judicial para gravação de conversa telefônica entre uma das vítimas de concussão e seu advogado (*Rev. Trim. de Jurisprudência*, v. 144, p. 213).

<sup>20</sup> *RF*, v. 335, p. 183 e s. Registre-se que, nesse julgamento, por maioria de votos, foi rejeitada (p. 185, 437) a tese de que a ilicitude na obtenção de uma prova repercutiria sobre as adquiridas em consequência, tornando-as igualmente inadmissíveis; isto é, o Tribunal não aplicou a doutrina dos “frutos da árvore venenosa” (cf. o voto do Min. Celso de Mello, que expressamente a aplicava: p. 367).

Dizer que o processo penal persegue a chamada "verdade real", ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada "verdade formal", é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deve*) renunciar — na área civil e na *penal* — à sua reconstrução completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.<sup>21</sup>

A Constituição de 1988 equiparou com acerto o processo civil (*rectius*: qualquer processo) ao penal, no que tange às garantias dos litigantes. Por exemplo: o art. 5.º, inc. LV, que sanciona o princípio do contraditório, nenhuma distinção admite desse ponto de vista: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". De maneira alguma se justifica a adoção de diretriz diversa no tópico aqui focalizado. A diferença de tratamento não pode deixar de causar perplexidade: eis a explicação mais provável do fato de haver ilustre constitucionalista afirmado que o texto "não distingue entre a instrução processual penal e a civil".<sup>22</sup> O autor terá suposto ler na Constituição aquilo que gostaria de ver nela escrito...

À disposição que estamos criticando corresponde o art. 15 da Constituição italiana de 1947/48. Lá, entretanto, não se incidiu no mesmo erro. O texto peninsular absteve-se de consagrar diferenças arbitrárias como a da parte final de nosso art. 5.º, inc. XIII: "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazioni sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria

con le garanzie stabilite dalla legge" (art. 15). Se o legislador constituinte brasileiro se inspirou em tal modelo, salta aos olhos que a cópia saiu desgraçadamente pior que o original. A conclusão análoga levará o coito entre o nosso dispositivo e o art. 18.3 da Constituição espanhola de 1978, que reza com maior simplicidade: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

Sempre no plano comparatístico, é expressivo o confronto entre o direito brasileiro e o norte-americano. Confira bem se sabe, os Estados Unidos são o grande baluarte da resistência para a qual se tem buscado fundamento na 4.ª Emenda à Constituição federal.<sup>23</sup> Pois bem: naquele país, a *exclusionary rule* só se aplica normalmente contra a autoridade pública (não quanto a eventuais infratores particulares), e no terreno *penal*: em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado à imposição de sanção administrativa grave.<sup>24</sup> O legislador constituinte brasileiro timbrou em ser mais realista que o próprio rei...

A injustificável distinção feita no art. 5.º, inc. XII, *fine*, entre o processo civil e o penal suscita questões interessantes no plano teórico e importantes no prático. Uma delas se refere à eventualidade de que, em pleito civil, alguém invoque, como elemento de convicção para o juiz, prova produzida em anterior processo

penal. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem eficácia, sob determinadas circunstâncias, à prova "emprestada" — isto é, transferida de um para outro processo —, contanto que a pessoa a quem se pretende opor a prova haja participado do feito em que ela se produzira. Pois bem: supunhamos que se cuida de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não teria sido possível autorizar a interceptação. *Quid iuris* se o interessado quer utilizá-la à guisa de "prova emprestada" perante o juiz civil?

No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização.<sup>25</sup> A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos como risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condenar com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...

Outra questão deriva do peculiar mecanismo consagrado nos arts. 63 do CPP e 584, inc. II, do CPC, que atribuem à sentença penal irrecorrível a eficácia de título executivo civil, para fins de ressarcimento do dano causado pelo crime. Significa isso que, se o juiz penal condenou o réu, por sentença trânsita em julgado, a vítima não precisa intentar ação civil para pleitear a reparação do prejuízo sofrido em seu patrimônio: bastará a requereira ao juiz civil, com esse objetivo, a execução da sentença penal.

Claro está que, nessa execução, já não será necessário prova a ocorrência da infração, nem a culpabilidade do infrator.

tor: são questões que a coisa julgada penal cobriu com o manto da preclusão. É concebível, porém, que no juízo criminal se haja logrado demonstrar algum pressuposto da condenação mercê de interceptação telefônica, judicialmente autorizada, sem a qual o réu teria sido com toda a certeza absolvido. Caso o interessado requiera a execução civil, poderá o devedor opor-se eficazmente a ela, alegando que a prova na qual repou-sara sua condenação era inadmissível na esfera civil?

A essa indagação é fácil dar resposta cabal. A coisa julgada tem o efeito de subtrair toda relevância às questões enfrentadas e resolvidas no processo de conhecimento (e até às questões que nele se *poderiam* ter enfrentado e resolvido)<sup>26</sup> Desde que a sentença transita em julgado, já nada importa saber em que provas se baseou o juiz, com ressalva das hipóteses, por sinal excepcionais, em que a lei permite a destruição da coisa julgada: tampouco, a *fortiori*, se essas provas são idôneas para fundamentar uma condenação *civil*, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extrairda do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução.

O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árdios que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antitética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo,

(21) V.g., a credibilidade do sigilo profissional: vide o art. 207 do CPC e o art. 406, inc. II, do CPC.

(22) Celso Ribeiro Bastos, ob. e vol. cit. (nota 10), p. 72.

(23) Questão controversa: vide, por exemplo,

McCormick, *On Evidence*, 4.ª ed., por John William Strong, St. Paul, 1992, p. 284; Del Carmen, *Criminal Procedure*, Belmont, 1995, p. 60.

(24) Vide La Vave — Israel, *Criminal Procedure*,

2.ª ed., St. Paul, 1992, p. 116 e s.; MC Cormick, ob. cit. (nota 23) p. 301 e s. (em ambas as obras, copiosa ilustração da jurisprudência da *Supreme Court*).

(25) Nelson Nery Jr., ob. cit., (nota 7), p. 145-

146.

(26) Cf., o art. 474 do CPC. Acerca do tema,

vide Barbosa Moreira, "A eficácia preclusiva da coisa julgada material" in *Libro homenaje a Luis Llorca*, Caracas, 1975, p. 295, ou *Temas de Direito Processual*, 1.ª série, 2.ª ed., S. Paulo, 1988, p. 97.

o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quijá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução — ao menos à primeira vista — radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico.

Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiu-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominar o país, e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamações na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recada nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido, e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.

É certo que outros países tiveram sorte diferente no particular. Já se mencionaram os exemplos da Itália e da Espanha, que igualmente saíram de regimes autoritários, mas souberam abster-se de determinados exageros. Não escandaliza o mundo jurídico espanhol ouvir dizer ao Tribunal Constitucional que os próprios direitos fundamentais não devem erigir “obstáculos

intransponíveis à busca da verdade material que não se pode obter de outro modo”.<sup>27</sup> Ninguém se animará a tirar daí motivo para pôr em dúvida o caráter democrático da sociedade espanhola contemporânea. Talvez algum dia possamos reagir no Brasil com circunspeção igual. Teremos aprendido uma antiga e importante lição: a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto.

A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica — segundo não raro acontece —, a doutrina dos “frutos da árvore venenosa”, ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem?<sup>28</sup> Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais — sobretudo na área, constantemente em expansão, da “criminalidade organizada” —, a perspectiva de escapar às sanções cominadas em lei acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade,<sup>29</sup> vista por tantos, com razões

(27) *Apud* Ascencio Mellado, *ob. cit.* (nota 7), p. 96.

(28) A jurisprudência norte-americana, com efeito, não a consagra sem ponderáveis restrições: *vide*, a respeito, La Fave, Israel, *ob. cit.* (nota 24), p. 471 e s.; Del Carmen, *ob. cit.* (nota 23), p. 66 e s. Boa informação no artigo de Danino Kijniuk “A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993”, in *Ajuria*, n. 66, p. 76 e s. Alguns dados em Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 171-172. Interessante notar que nos Estados Unidos, entre outros casos, se tem repellido a tese da ilicitude “derivada” ou “por contaminação” quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria “inevitavelmente”, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda a fazer-se abstração da ilegalidade praticada.

(29) A crer-se em ensinamento conspícuo, mais importa, no combate à criminalidade, evitar

ponderáveis (e descontados alguns acessos de paranóia), qual fator relevante na aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético dos nossos costumes, políticos e outros? Devemos confessar de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal)<sup>30</sup> em dar combate eficiente à praga do tráfico — combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional, conforme ressalta da

inclusão do “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” entre os “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” (art. 5.º, inc. XLIII).  
Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário e um tipo de individualismo exageradamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada.

que os delinquentes fiquem impunes do que exasperar as penas. *Vide*, entre muitas outras, a obra clássica de Carrara, *Programa do curso de direito criminal*, trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra, S. Paulo, 1957, § 642, vol. II, p. 88: “A força moral objetiva da pena se encontra mais em razão de sua certeza que da sua severidade, ou seja: esta sem aquele é ilusória” (grifado no original).

(30) Atente-se no que consta do preâmbulo da Convenção de Viena, de 20.12.1988, assinada pelo Brasil, aprovada pelo Congres-

so Nacional em 14.06.1990 e promulgada pelo Decreto 154, de 26.06.1991: “As Partes nesta Convenção, (...) Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias ilícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados; reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a *mais alta prioridade*...” (sem grifo no original).

---

**SUMÁRIO**

---

<b>ASPECTOS DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	
ALCANCE E NATUREZA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA – Carlos Alberto Alvaro de Oliveira .....	11
PROCEDIMENTO MONITÓRIO – Eulámpio Rodrigues Filho .....	18
LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E EMBARGOS – NOTAS ÀS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Louival Gonçalves de Oliveira ...	25
NOVOS MOMENTOS DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO E SUA TÉCNICA – Luiz Fernando Tomasi Keppen .....	42
O NOVO RECURSO DE AGRAVO – Valéria J. C. Alla .....	56
<b>DOCTRINA NACIONAL</b>	
<b>PROCESSO CIVIL</b>	
RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS NO MANDADO DE SEGURANÇA – Araken de Assis .....	99
NATUREZA JURÍDICA DA IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS DO EXECUTADO – Milton Sanseverino .....	110
EXECUÇÃO E EMBARGOS À EXECUÇÃO – Maria Lucia L. C. de Medeiros .....	115
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL ESTRANGEIRO – Flávio Cheim .....	131
<b>PROCESSO CONSTITUCIONAL</b>	
A CONSTITUIÇÃO E AS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS – José Carlos Barbosa Moreira .....	144
<b>DOCTRINA INTERNACIONAL</b>	
DISCREZIONALITÀ E ARBITRIO DELL'INTERPRETE – "NATURA" DELL'ATTO – "CIRCOSTANZE" DEL CASO – Guido Alpa .....	156
<b>ATUALIDADES NACIONAIS</b>	
ALTERNATIVAS PARA UMA MAIOR EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDI- CIONAL – J. E. Carreira Alvim .....	175
DUAS "NOVIDADES" EM TORNO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS EM SENTIDO LATO – Cassio Scarpinella Bueno .....	200
APONTAMENTOS SOBRE HONORÁRIOS DE ADVOGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA – Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno .....	236
VALOR DO DANO MORAL NO APONTE PARA PROTESTO SEM CAUSA – Luiz R. Nuñez Padilla .....	246

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772

CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil

© Edição e distribuição

*Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO*Diretor Editorial:* AFRO MARCONDES DOS SANTOS*Assistente Editorial:* MARIANGELA PASSARELLI*Diretor de Produção:* ENYL XAVIER DE MENDONÇA**MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO***Gerente de Marketing:* MELISSA CHBANE*Gerente de Administração de Vendas:* KUNU TANAKA**CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR:** Tel. 0800-11-2433*Distribuição eletrônica:* EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. – Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1

Caixa Postal 678 – Tel. (011) 3115-2433 – Fax (011) 606-3772 – CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.

*Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.*Impresso no Brasil*