A CONSTITUIÇÃO E AS PROVAS ILICITAMENTE ADQUIRIDAS

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. Segundo o pensamento preponderante na 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.[1] 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,[2] inegavalmente 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 o princípio fundamental, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da 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

1 Lê-se em moderna e prestigiosa obra de teoria geral do processo: 'A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não só a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz" (ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CANDIDO DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 12ª ed., São Paulo, 1996).

2 Desse ponto de vista não é possível deixar de enxergar surpreendente e melancólico retrocesso 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*".

* Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas "atípicas").[3]

2. Entretanto, no processo é sempre imprudente e não raro danoso levar ao extremo, sem medir conseqüências, a aplicação rigorosamente lógica de qualquer princípio. Desnecessário dizer que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê 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 só em tal medida.

Por outro lado, com muita freqüência hão de ter-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios tendentes 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.[4]

3. Em semelhante contexto vem-se suscitando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica.[5] Conforme bem se sabe, manifestam-se a tal respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira,[6] deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não retira à prova o valor que possua como elemento útil para formar o

3 Por exemplo: art. 332 do Código de Processo Civil: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis 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 Denti*, Pádua, 1994, vol. I, pág. 9, ou *Temas de Direito Processual, Quinta Série*, São Paulo, 1994, págs. 194-5.

4 Assim o art. 406, nº I, do Código de Processo Civil: "A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I, que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau".

5 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 Proceso em sua unidade*, II, Rio de Janeiro, 1994, págs. 172-4.

6 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, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª ed., São Paulo, 1982, págs. 116 e segs., 129 e segs.

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 ilegitimamente 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 prudente 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 deve ser sacrificado, e em que medida.

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade.[7] Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se escolheu realmente o menor.

Semelhante doutrina tem sido às vezes criticada pelo risco de dar margem à excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, à emergência do arbítrio judicial. Mas não se deve perder de vista quão freqüentes 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".[8] É o caso de perguntar se porventura nunca se

7 Preconizava a adoção desse princípio, sob o regime anterior, MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV-1, Rio de Janeiro, sem data, págs. 82-3. Cf., já na vigência da atual Carta Política, NELSON NERY JUNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, págs. 141-2. *Vide* sobre o tema, na Espanha, ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madri, 1989, págs. 96 e segs., e sobretudo GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madri, 1990, *passim*. Na Alemanha faz tempo que se invoca, na jurisprudência e na doutrina do processo penal (*v.g.*, HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Stuttgart — Berlim — Colômbia — Mainz, 1968, pág. 270; KERN — ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 13ª ed., Munique, 1975, pág. 10), o *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* (ou *Verhältnismässigkeitsprinzip*).

8 A expressão é de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit. (nota 5), pág. 177. Mas a posição da autora parece atenuada em trabalho mais recente: *As provas ilícitas na Constituição, in O processo em evolução*, São Paulo, 1996, pág. 49.

poderão mostrar mais aberrantes os resultados da estrita observância da proibição de levar em conta qualquer prova cuja aquisição se afigure ilegal. 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 furtara 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 óbvio 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 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.

4. 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 Assembléia Constituinte exerceu grande influência 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 tocante 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. 5º, nº LVI: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos." Com a ressalva que em breve se mencionará (nº 9), ante regra de semelhante teor não parece haver lugar para exceções, e nem sequer para atenuações.

5. Apesar disso, é pouco provável que se logre evitar totalmente a conveniência (ou melhor, a necessidade) de temperar a aparente inflexibilidade 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 ilicitamente adquirida? Algum juiz se animaria a perpetrar uma injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contravir à proibição de fundar a sentença na prova ilícita? Não temos notícia de decisão judicial que haja enfrentado a questão; ela já preocupa, contudo, a doutrina, que nega em tal emergência a aplicabilidade do art. 5º, nº LVI, da Constituição. 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.[9]

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? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da 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 de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade 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: atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas sem dúvida possuem armas muito mais abundantes e poderosas 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.

6. Seja como for, o essencial é pôr em realce o caráter *relativo* que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas.[10] 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 leve em conta as variáveis necessidades sociais.

É bem sabido 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 algum 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, integral proteção. Para assegurar a harmonia do conjunto, cumpre reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Basta lembrar, 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.

9 Assim, na mais recente literatura, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Sobre o direito à prova no processo penal*, São Paulo, 1995, pág. 107. À mesma conclusão, invocando a garantia constitucional da "ampla defesa", chega LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *O processo penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro, 1992, págs. 25-6. Para ela também parece inclinar-se, embora em termos menos categóricos, JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo penal*, 4ª ed., São Paulo, 1995, pág. 260.

10 No dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS, *in* CELSO RIBEIRO BASTOS — IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., São Paulo, 1989, pág. 273, "o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação".

A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, nº 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 afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

7. Já se notam sinais de reação, aliás, aos exageros a que leva uma consideração unilateral do problema. Em decisão recente e unânime, de 5.3.1996, no *Habeas corpus* nº 4.138 — e na qual se indica precedente análogo —, esposou a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendimento matizado, rejeitando a alegação de inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica, mediante escuta policial supostamente ilícita, no presídio a que se achavam recolhidos os impetrantes. Acentuou o Relator, Ministro 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.

Independentemente 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 quão 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".

8. Retomemos o fio de meada. Em linha de princípio, a violação do art. 5º, nº LVI, da Constituição acarreta a ineficácia das provas ilícitas e, eventualmente, a nulidade da sentença nelas fundada.[11] Esta última conseqüência, 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 de *per si* — quer dizer, se o conteúdo da sentença permaneceria idêntico ainda com abstração da prova impugnada como inadmissível — , então não há por que invalidar o julgamento.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou mais de uma vez nesse sentido. Ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.079, em 17.3.1992, considerou irrelevante a irregularidade na obtenção da confissão do réu, desde que fundada a condenação noutras provas.[12] Em acórdão de 31.3.1992, no *Habeas corpus* nº 69.209, decidiu que, em iguais circunstâncias, não se deve anular a sentença unicamente por figurar,

11 ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, São Paulo, 1992, págs. 116-7.

12 *Rev. Trim. de Jurisprudência*, vol. 141, pág. 1.

entre os elementos submetidos à apreciação do julgador, uma fita magnética que se alegava ter sido ilegalmente gravada.[13]

Idêntica posição, num primeiro momento, havia tomado a Corte em 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912, também a propósito de caso em que outras provas existiam além da transcrição de fitas gravadas mediante interceptação telefônica ilícita.[14] 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.[15] 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 elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita: na conhecida expressão, não se podem aproveitar os "frutos da árvore venenosa" (*fruits of the poisonous tree*).

9. Para determinar o exato alcance da norma constitucional atinente às provas ilícitas impende confrontar duas disposições do art. 5º: o supramencionado inciso LVI e o inciso 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 nº 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), convém assinalar a existência de autorizada opinião segundo a qual, para ser aplicável, a ressalva depende do advento de lei definidora das hipóteses e da forma exigíveis para que o juiz esteja livre de autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Em semelhante perspectiva, enquanto não intervenha o legislador, será inconstitucional toda e qualquer violação do sigilo e, portanto, inadmissível toda e qualquer prova adquirida por tal meio.[16]

13 *Ibid.*, pág. 924.

14 *Rev. Forense*, vol. 332, pág. 353; *Revista de Direito Administrativo*, vol. 195, pág. 229.

15 *Ibid.*, pág. 381; *RDA*, vol. 196, pág. 146.

16 Nesse sentido, *v.g.*, TOURINHO FILHO, *Processo penal*, 3º vol., 12ª ed., São Paulo, 1990, pág. 213; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit. (nota 110, pág. 147, com indicações de jurisprudência, às quais é oportuno acrescentar o mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30.6.1993, no *Habeas corpus* nº 69.912. O mesmo argumento, entre outros, foi utilizado no julgamento da Ação Penal nº 307, a que nos referimos no parágrafo subseqüente do texto. Diversamente, ao julgar o *Habeas corpus* nº 69.204 (26.5.1992), 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*, vol. 144, pág. 213.).

Merece alusão aqui um julgamento de grande repercussão, mesmo fora dos meios jurídicos, realizado em 7.12.1994: o da Ação Penal nº 307, em que foram réus, entre outros, o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias.[17] A defesa deste argüira em preliminar a inadmissibilidade de duas provas: a gravação de conversa telefônica, feita por uma das testemunhas, sem o conhecimento dos outros interlocutores, entre eles Paulo César; e os registros extraídos da memória de computador da empresa Verax, objeto de apreensão no respectivo escritório. Foi a argüição acolhida em ambos os casos pelo Supremo Tribunal Federal. O relator, Ministro Ilmar Galvão, sustentou em seu voto que, inexistindo lei definidora das hipóteses e da forma da interceptação, não seria possível a juiz algum, mesmo que se houvesse requerido — o que não correra —, conceder autorização para gravar sub-repticiamente 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.[18] 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.[19]

17 Até o momento em que escrevemos, não nos consta já ter sido o acórdão publicado em revista ou em repertório de jurisprudência. A gentileza de ANTONIO. EVARISTO DE MORAES, advogado, naquele feito, do ex-Presidente Collor, devemos o conhecimento do texto, de que nos forneceu cópia o ilustre colega de congregação na Faculdade de Direito da UERJ.

18 Cf. ALCINO PINTO FALCÃO, *in* WHITAKER DA CUNHA e outros, *Comentários à Constituição*, 1º vol., Rio de Janeiro, 1990, pág. 190: "O inciso [nº XII] contém a singularidade injustificável de abrir exceção para o caso de comunicações telefônicas, deixando de dar igual tratamento para as telegráficas e radiofônicas, pondo de lado a parêmia milenar *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, de boa aceitação para a exegese do direito constitucional". Também criticam a disposição ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit. (nota 11), págs. 116-7. JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. e lug. cit. (nota 9), chega a admitir, "apesar de má redação do dispositivo constitucional", a possibilidade de "regulamentação de ordem judicial para violação do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas e de dados, com fins probatórios na área penal".

19 Observa ALCINO PINTO FALCÃO, ob. e lug. Cit. (nota 12), a incoerência entre o texto do art. 5º nº XII, e as disposições dos arts. 136, nº I, *b* e *c*, e 139, nº 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 indistintamente à inviolabilidade da correspondência e ao sigilo das outras modalidades de comunicação.

10. Tampouco parece razoável — e o tema, ao nosso ver, faz jus à consideração especial — a diferença que se estabelece entre o campo penal e o civil.[20] Não se repitam aqui as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais "grave" dos efeitos da sentença penal em comparação com as 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 pessoal. É esquecer que no âmbito civil se trata com freqüência 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 senão com multa.

No direito brasileiro — e não somente nele — a expressão "processo civil" compreende muito mais que a atividade judicial concernente 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 subtraídas, 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.

Dizer que o processo penal busca 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 *deva*) renunciar — na área civil *e na penal* — à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.[21]

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. 5º, nº 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 terreno aqui focalizado. A diferença de tratamento não pode deixar de causar perplexidade: eis a explicação mais provável do fato de que ilustre constitucionalista haja afirmado que o texto "não distingue entre a instrução processual penal e a civil".[22] O autor terá suposto ler aquilo que gostaria de ver escrito na Constituição...

A disposição que estamos criticando corresponde ao art. 15 da Constituição italiana de 1947/8. 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. 5º, nº XII: *"La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazioni sono inviolabili. La loro limitazione pub avvenire soltanto per atto*

20 De acordo: ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit. (nota 11), pág. 146.

21 *V.g.*, A credibilidade do sigilo profissional: *vide* o art. 207 do Código de Processo Penal e o art. 406, nº II, do Código de Processo Civil.

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

motivato dell autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge" (art. 15).[23] Se o legislador constituinte brasileiro se inspirou em tal modelo, é fora de dúvida que a cópia saiu desgraçadamente pior que o original.

11. A distinção feita no art. 5º, nº 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: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se tinha autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não se teria podido autorizar a interceptação. *Quid iuris* se o interessado quer utilizá-la como "prova emprestada" perante o juiz civil?

No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização.[24] 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 com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender 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 Código de Processo Penal e 584, nº II, do Código de Processo Civil, 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 que requeira ao juiz civil, com esse objetivo, a execução da sentença penal.

Claro está que, nessa execução, já não será necessário provar a ocorrência da infração, nem a culpabilidade do infrator: são questões que a coisa julgada penal cobriu com o manto da preclusão. É concebível, porém, que no processo penal 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 requeira a execução civil, poderá o devedor opor-se eficazmente a ela, alegando que a prova na qual respousara 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 conhe-

23 Assim também a Constituição espanhola de 1978, art. 18.3: "Se *garantiza el secreto de las comunicationes y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*".

24 NELSON NERY JUNIOR, ob. cit. (nota 7), págs. 145-6.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

cimento (e até às questões que nele se *poderiam* ter enfrentado e resolvido).[25] Desde que a sentença transita em julgado, já nada importa saber em que provas se baseou o juiz, com ressalva das hipóteses, muito raras, em que a lei permite a destruição da coisa julgada; tampouco, *a fortiori*, se essas provas são idôneas para fundamentar uma condenação *civil*. Diante da condenação penal, o que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução.

12. O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos 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, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução 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. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que dominara o país, e sob o qual eram muito freqüentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados 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 recaída 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 saíam 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 erguer "obstáculo intransponível à busca da verdade material que não se pode obter de outro modo".[26] Ninguém se animará a tirar daí motivo

25 Cf. o art. 474 do Código de Processo Civil. Acerca do tema, *vide* BARBOSA MOREIRA, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material, in Libro Homenaje a Luis Loreto*, Caracas, 1975, pág. 295, ou *Temas de Direito Processual, Primeira Série*, 2ª ed., São Paulo, 1988, pág. 97.

26 *Apud* ASENCIO MELLADO, ob. cit. (nota 7), pág. 96.

para pôr em dúvida o caráter democrático da sociedade espanhola contemporânea. Talvez algum dia possamos reagir no Brasil com igual circunspecção. Teremos aprendido uma antiga e importante lição: a melhor forma de coibir um excesso e de evitar 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, a doutrina dos "frutos da árvore venenosa", em sua mais rígida formulação?[27] Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais, a perspectiva de escapar às sanções cabíveis acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade, vista por tantos, com razões ponderáveis, 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 toda a 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 nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico — combate que, diga-se de passagem, *é também um valor constitucional*, como ressalta da inclusão do "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" entre os "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia" (art. 5º, nº XLIII). Temos a impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente antisocial, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero façam boa companhia da marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada.

27 Na própria jurisprudência norte-americana ela se submete a atenuações significativas: *vide*, a respeito, LA FAVE — ISRAEL, *Criminal Procedure*, 2ª ed., St. Paul, 1992, págs. 471 e segs. Sucinta informação em COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, págs. 171/2.