

A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade dos Valores Contrastantes

Alexandre Guimarães Gavião Pinto
Juiz de Direito do TJ/RJ

De acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, o que importa no reconhecimento de que todo meio de colheita de prova que vulnere as normas do direito material deve ser combatido, o que configura, indubitavelmente, importante garantia em relação à ação persecutória do Estado.

A regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos se encontra albergada no capítulo da Carta Magna referente aos direitos e garantias individuais, se harmonizando ao Estado de Direito, no qual o Estado é subordinado a lei, ficando submetido, ainda, ao controle do Poder Judiciário.

É sabido que as garantias se traduzem no direito de os cidadãos exigirem dos Poderes Públicos a proteção de seus direitos, e que os direitos fundamentais vinculam-se à atuação do Estado.

Forçoso convir que a inadmissibilidade das provas ilícitas, no processo, decorre da posição de supremacia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, o que significa asseverar ser impossível, em princípio, a violação de uma liberdade pública, no intuito de obter provas no processo.

A prova ilícita nada mais é do que uma espécie da denominada prova proibida, que deve ser entendida como toda aquela que não pode ser valorada no processo.

Não se pode perder de perspectiva a existência de duas espécies de provas proibidas, que são: as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

As provas ilícitas são aquelas alcançadas com a violação do direito material, enquanto as provas ilegítimas são as obtidas em desrespeito ao direito processual.

A prova ilícita não pode ser considerada idônea para formar o convencimento do Magistrado, devendo ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, o que se justifica diante da necessidade de se formar um processo justo, que respeite os direitos e garantias fundamentais do acusado.

Vale lembrar que o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos se sobrepõe ao direito representado pelo interesse do Estado em reprimir as infrações penais, já que a justiça penal não pode ser promovida a qualquer preço.

Na realidade, o que o artigo 5º, inciso LVI da Lei Maior almeja é repudiar a prova alcançada por meios ilícitos, em vigilância ao princípio do *due process of law*, que se destina a neutralizar as ações abusivas do Poder Público.

Nessa esteira de raciocínio, verifica-se que o acusado possui o direito de não ser condenado, com base em elementos probatórios obtidos de forma incompatível com os limites impostos pela Constituição da República ao poder persecutório do Estado.

Com efeito, sendo a prova ilícita imprestável, eis que maculada pelo vício da inconstitucionalidade, obviamente não se reveste de aptidão jurídica para ensejar um decreto condenatório.

Insta esclarecer, contudo, que, ao longo dos anos, a doutrina e a jurisprudência passaram a mitigar a proibição das provas ilícitas, na tentativa de afastar eventuais distorções que a rigidez da exclusão poderia gerar, em hipóteses de excepcional gravidade. Tal posicionamento encontra embasamento no princípio da proporcionalidade, que autoriza a avaliação das provas ilícitas em casos de extrema gravidade, tendo em vista que nenhuma liberdade pública pode ser considerada de natureza absoluta.

No que tange a incidência do princípio da proporcionalidade em favor do réu, por exemplo, não há dúvidas de sua aplicação, sendo pacífico, na jurisprudência, o entendimento de que, em tais hipóteses, a ilicitude é eliminada por causas excludentes, diante da prevalência do princípio da inocência.

Já as provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito.

Em que pese o atual entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que, na esteira do raciocínio desenvolvido pela teoria dos frutos da árvore envenenada, considera que a prova ilícita originária é capaz de contaminar as demais provas dela decorrentes, posiciono-me na trincheira daqueles que defendem que o mero fato de não se admitir as provas ilícitas em juízo, não possui o efeito de gerar a nulidade de todo o processo, eis que a Lei Maior não afirma serem nulos os processos, em que exista alguma prova obtida por meios ilícitos.

Cumprе ressaltar que, em tais casos, deve ser delimitada a consequência da inadmissibilidade de uma determinada prova ilícita, que somente possui o condão de desqualificá-la para o julgamento da causa, não gerando a nulidade de todo o processo.

De acordo com o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes, nenhuma garantia constitucional possui valor absoluto.

Logo, se uma prova ilícita ou ilegítima revela-se necessária para evitar uma condenação injusta, como visto anteriormente, deverá ser agasalhada.

Em que pese respeitável entendimento doutrinário em contrário, possível é, também, em casos de extrema excepcionalidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*.

Importante notar que a acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, tem por finalidade precípua resguardar os valores fundamentais da coletividade amparados pela norma penal.

Assim, quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos pela Constituição da República, o Magistrado deve sopesar os valores contrastantes envolvidos.

O princípio da proporcionalidade opera-se no sentido de permitir que o Juiz gradue o peso da norma em uma determinada incidência, evitando que a mesma promova um resultado indesejado pelo sistema, buscando a justiça do caso concreto.

A nova interpretação constitucional orienta-se por relevantes princípios, que são aplicados através da técnica da ponderação, incumbindo ao intérprete realizar a interação entre o fato e a norma, e

fazer escolhas fundamentadas, em observância aos limites ofertados pelo próprio sistema jurídico, visando à justa solução para o caso em exame.

Nessa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal admitiu que a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida aos apenados, já que a cláusula de inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Nesses casos, se a prova se retrata imprescindível deve ser admitida, por adoção do princípio da proporcionalidade.

Ressoa evidente, outrossim, que as liberdades públicas não podem ser manejadas como um manto protetivo da prática de atividades ilícitas, sob pena de se causar abalos no Estado de Direito.

Aqueles que, ao cometerem ilícitos, deixam de observar as liberdades públicas de terceiros pessoas e da sociedade, não podem se eximir de suas responsabilidades civis e penais, invocando, em ato posterior, a ilicitude de determinadas provas.

Em tais hipóteses, não se estará acolhendo provas ilícitas em prejuízo de acusados, mas sim reconhecendo a ausência de ilicitude, eis que as provas foram produzidas por aqueles que agiram em legítima defesa de seus direitos fundamentais.

É o exemplo das provas produzidas por aqueles que vinham sendo vítimas de condutas criminosas.

Conforme reiteradamente decidido pelos tribunais pátrios, revelar-se-ia intolerável considerar-se como violação do direito à privacidade, por exemplo, a gravação por parte da própria vítima de atos criminosos, tais como o diálogo com seqüestradores, estelionatários, ou qualquer outro tipo de criminosos.

Nesse sentido já se pronunciou, em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal, entendendo ser lícita a gravação de conversa telefônica, feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem a ciência do outro, quando há investida criminosa deste último, mostrando-se absurda a argumentação de que há violação do direito à privacidade daquele que pratica infração penal.

Da mesma forma, em alguns casos, em prol da probidade administrativa, a inadmissibilidade das provas ilícitas sofre atenuações,

devendo ser compatibilizada com os demais princípios constitucionais insculpidos no *caput* do artigo 37 da Lei Maior, tais como, o da moralidade e publicidade.

No exercício de sua função, o administrador público fica vinculado aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A moralidade administrativa exige que os atos praticados pelos agentes públicos sejam compatíveis com a lei, e que sejam revestidos de boa-fé, decoro e probidade.

Pelo princípio da publicidade, todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.

Os princípios supramencionados impedem que o agente público se utilize das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para praticar atividades ilícitas.

Assim, deve ser permitida, por exemplo, a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, valendo-se de seu cargo, na prática de atos ilícitos.

Não socorre ao agente público a afirmação de inviolabilidade à sua intimidade ou à vida privada, tendo em vista que, ao conduzir negócios públicos, deve atuar com absoluta transparência e honestidade.

Por tudo que acima foi dito, conclui-se que a regra continua a ser a da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o que só pode ser atenuado, em hipóteses de marcante excepcionalidade, com base no princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes. O Magistrado deve identificar as normas pertinentes, selecionar os fatos relevantes e atribuir o peso devido a cada interpretação constitucional, sem deixar de considerar que nenhum direito fundamental tem o cunho de absoluto, razão pela qual, ao julgador incumbe a tarefa de realizar a equilibrada ponderação entre os valores em conflito e efetuar as escolhas fundamentadas. 