

As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito (*)

SERGIO DEMORO HAMILTON (**)

1. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A prova ilícita, ou, para usar os dizeres da nossa Carta Política, aquela obtida por meios ilícitos, esbarra na vedação da lei material (penal ou constitucional, por exemplo) ou da lei processual (civil ou penal).

Fala-se, então, na doutrina, em prova ilícita e prova ilegítima, para indicar a primeira como sendo aquela que viola norma de direito material, ao passo que a segunda, dita ilegítima, viria a transgredir preceitos de direito processual. Uma e outra estão abrangidas pela proibição advinda da Lei Maior, valendo a distinção, tão-somente, para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade.

2. A limitação à prova já fora versada no Código de Processo Civil (art. 332) e no de Processo Penal Militar (art. 295), estabelecendo, ambos, interdito ao exercício ilimitado do direito à prova. Com efeito, enquanto o primeiro alude aos “meios legais” e aos “moralmente legítimos” como hábeis para provar os fatos em que se funda a ação ou a defesa, o processo castrense admite “qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva”.

Nosso Código de Processo Penal, mais antiquado, não contém dispositivo genérico ou abrangente a respeito do tema, como os demais citados, no sentido de estabelecer balizamento à produção de prova. Porém, encontramos, no título respectivo (VII do Livro I), inúmeras restrições à realização da prova. Podem ser citados os artigos 155, 206, 207 e outros, e, no procedimento do júri, os arts. 406, § 2º e 475, todos aqui referidos exemplificativamente, no objetivo, apenas, de demonstrar que, também no CPP, o direito à prova não reveste caráter absoluto. Sem embargo da inexistência de um preceito genérico limitando a prova em nossa lei processual penal, seria inadmissível permitir a efetivação de uma prova ilícita no processo penal comum, tendo em conta a vedação expressa advinda da *Lex Legum*.

(*) Primavera de 1999.

3. No exame das provas ilícitas, a doutrina dominante vem firmando orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode jamais ser admitida no processo, pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se, nesse passo, o princípio da verdade real em favor da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Ainda que em jogo apuração de infração penal da maior gravidade, não poderá o juiz valer-se, em hipótese alguma, de prova obtida por meio ilícito para condenar o réu, embora nela reste evidenciada, sem sombra de dúvida, a culpabilidade do imputado.

A posição da doutrina é acompanhada pela jurisprudência, ao que parece majoritária, de nossos tribunais, valendo notar que o Pretório Excelso, quando do julgamento da ação penal contra o Presidente Collor e Paulo César Farias, firmou entendimento no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, através da manifestação unânime do plenário da mais alta Corte de Justiça do País ⁽¹⁾. Não há negar que aquele *leading case* ensinou ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, em face da relevância política que a hipótese apresentava, aplicar o princípio da razoabilidade, que será objeto de análise (7 e 8, *infra*), em decisão que serviria de bússola para orientação de nossos tribunais para outros casos em que se justificasse a invocação do princípio.

4. Em função de tal compreensão da matéria, tornou-se possível a construção doutrinária e jurisprudencial que envereda pelo caminho de proibir, também, a prova ilícita por derivação. Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do *Fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos. Segundo tal entendimento, embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de uma outra obtida por meio ilícito. É o caso, por exemplo, da busca domiciliar levada a efeito sem mandado, em que, no local, vem a ser apreendido o produto do crime; ou, ainda, da confissão obtida sob tortura, através da qual apreende-se o produto da infração penal. Refira-se, ainda, o caso da interceptação telefônica sem autorização judicial por meio da qual se obtém a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento, regularmente, perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida escuta telefônica, incriminando o réu. Aqui também o Supremo Tribunal Federal vem mantendo irredutível entendimento no sentido de sufragar a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Vejam-se os *habeas corpus* n° 69.912-RS e n° 73.351-SP ⁽²⁾. No último julgado, o STF concedeu o *writ* ao argumento de que a prova ilícita contaminou a prova obtida por meio dela, pois, na hipótese versada, “a apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica”.

⁽¹⁾ SERGIO DEMORO HAMILTON, “A vassalagem ao direito de defesa”, in *Temas de Processo Penal*, pp. 199/200, Editora Lumen Juris, 1998.

⁽²⁾ Informativo do Supremo Tribunal Federal, n°s 30 e 36, o primeiro de 15.5.96 e o segundo de 21.6.96, apud *Processo Penal*, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, vol. III, pp. 234 e 235. Editora Saraiva, 1998.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ⁽³⁾, movido de ira santa, crítica, com veemência, “a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica” a doutrina dos frutos da árvore venenosa, “nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem”. E indaga se tal viés doutrinário será adequado à nossa realidade, de modo especial na área da “criminalidade organizada”, concluindo por dizer a enorme dificuldade que sente “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) em dar combate eficiente à praga do tráfico”, combate este que “também é um valor constitucional” incluído no art. 5º, XLIII, que prevê “o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” entre os “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”.

O ensinamento conspícuo do ilustre Professor exige meditação, servindo para demonstrar como tais posturas doutrinárias e jurisprudenciais, ainda que movidas pelas mais elevadas intenções de respeito à Constituição, podem contribuir para o afrouxamento ético dos nossos costumes, conduzindo, cada vez mais, à impunidade geral.

Porém, no meu pensar, tudo decorre, pura e simplesmente, da não-adoção da Teoria da Proporcionalidade (7 e 8, *infra*) no exame das provas obtidas por meios ilícitos. Uma vez esposada aquela teoria, a doutrina dos frutos da árvore venenosa seguir-lhe-ia o caminho. É caso de afirmar: *sublata causa tollitur effectus*.

Curiosa, sem dúvida, é a posição de TORNAGHI, ao examinar a matéria. Ensina o grande mestre do processo penal que “a questão é menos jurídica do que de política processual”. Com efeito, indaga: “valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas? Para ilustrar: o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um dos pormenores é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias, etc). Pode o Juiz ter presente essas outras provas?”

Na Alemanha a *communis opinio* afirma que sim (cita-se a exceção de K. SIEGERT). Em contrapartida, a jurisprudência americana responde negativamente⁽⁴⁾.

Cumpra assinalar, no entanto, que a posição doutrinária do eminente processualista é anterior à Constituição Federal de 1988, pois a edição de onde foi colhida contém data de 1978.

CORDERO ⁽⁵⁾, ao que parece, adota a mesma posição ao estudar a licitude e a admissibilidade das provas.

5. No entanto, a prova ilícita, quando *pro reo*, vem sendo admitida com tranqüilidade não só na doutrina como perante a jurisprudência, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*. Tal posição mitiga, sem dúvida, o rigor da inadmissão absoluta das provas ilícitas. Em tais casos, no

⁽³⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Revista do Ministério Público/RJ* nº4, (3ª fase), pp. 113/114.

⁽⁴⁾ HELIO BASTOS TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*, 3º volume, p. 466, Edição Saraiva, 1978.

⁽⁵⁾ FRANCO CORDERO. *Procedura Penale*, pp. 573 e seguintes, Giuffrè Editore, 1966.

meu entendimento, o sujeito estaria em situação de verdadeiro estado de necessidade, causa excludente da antijuridicidade, vendo-se obrigado ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade. É a hipótese, por exemplo, da pessoa que, de forma sub-reptícia, grava sua conversa com terceiro para provar sua inocência. Aliás, nosso vetusto Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 233, já previa a possibilidade da exibição em juízo, pelo respectivo destinatário, de carta particular, para a defesa de seu direito, ainda que sem consentimento do signatário. Em tal circunstância, como assinaei, a pessoa estaria ao abrigo de uma causa excludente de ilicitude, pois em verdadeira situação de estado de necessidade. Assim, para evitar uma condenação, o réu vê-se forçado a exhibir correspondência, que a Constituição Federal (art. 5º, XII) protege como um valor absoluto, violando o seu sigilo. Entre a inviolabilidade da correspondência e o direito à liberdade sobreleva este último. Isso nada mais é que a aplicação, pura e simples, da Teoria da Proporcionalidade, que, abaixo, será objeto de estudo (7 e 8, *infra*).

É justo tal entendimento?

Sem dúvida, partindo do princípio de que as normas jurídicas devem estar sujeitas a uma interpretação razoável sob pena de se transformarem em preceitos injustos e irracionais.

6. Até aqui tenho enumerado, *apertis verbis*, as principais vertentes que vêm encontrando aceitação doutrinária e jurisprudencial em relação ao *thema* “provas ilícitas”, evitando, tanto quanto possível, fastidiosas citações doutrinárias ou referências jurisprudenciais excessivas.

O presente estudo, com efeito, está voltado, unicamente, para o exame crítico da aplicabilidade intransigente do preceito constitucional insculpido no art. 5º, LVI, da Carta Magna de 1988 no campo do processo penal.

7. Para tanto, faz-se mister breve incursão sobre a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. A matéria, por sinal, mereceu cuidadoso estudo da parte do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO⁽⁶⁾ em trabalho doutrinário de leitura obrigatória para quem deseje abeberar-se no assunto.

Segundo tais princípios, cabe ao Poder Judiciário, ao examinar certas restrições de direitos, apreciar até que ponto são elas justificadas pelo interesse público, admitindo-as como legítimas ou não.

No aludido ensaio, o festejado Professor analisou, *ex professo*, o assunto, mostrando que o princípio da razoabilidade teve, tradicionalmente, sua incidência no âmbito do Poder Executivo, voltado que estava para o exercício do poder de polícia na área do Direito Administrativo e para os limites da interferência do Estado na vida privada.

Como será possível resumir o Princípio da Proporcionalidade? Quando ele terá aplicação?

⁽⁶⁾ LUÍS ROBERTO BARROSO. “Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional, in *Revista do Ministério Público*, RJ, nº (4), 1996 (3ª fase) pp. 160/175, *passim*.

Respondo com a maravilhosa síntese de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO⁽⁷⁾: quando “as vantagens que trará superarem as desvantagens...”.

Já em relação aos atos do Poder Legislativo, “a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, sendo igualmente admitida, com reservas, em países como a Alemanha e a Itália”, o princípio ainda suscita alguma controvérsia, “por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes”, como observa BARROSO⁽⁸⁾, com apoio na doutrina de GILMAR MENDES (*Controle de Constitucionalidade*, p. 41) e de PIERANDREI (*Enciclopedia del Diritto*, vol X, 1962, p. 907).

Trata-se de reação compreensível, na medida em que, para a doutrina convencional, repugna o fato de o juiz sobrepor-se ao legislador emprestando à norma uma valoração subjetiva à *outrance*.

Some-se ao argumento uma outra observação relevante, isto é, a de que os Juízes, pelo menos entre nós, não se encontram unguídos pelo “batismo da representação popular”, na feliz expressão de BARROSO⁽⁹⁾. Daí recomendar-se que a atuação do juiz se faça *cum grano salis* no exercício de tal jurisdição, evitando, na medida do possível, usurpar função que não é sua.

Não se pode negar que a palavra final, em matéria constitucional ou de lei ordinária, será sempre do Poder Legislativo, mostrando BARROSO⁽¹⁰⁾ que, “não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional”, pode o Legislador “no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar”, aludindo, inclusive, ao fato de que, nos Estados Unidos, “por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial”.

No que respeita aos atos administrativos, a questão torna-se de mais fácil compreensão, salientando BARROSO⁽¹¹⁾, com inúmeros exemplos extraídos da jurisprudência de nossos tribunais superiores, ainda ao tempo da vigência da Constituição Federal de 1967-69, casos de aplicação “de modo implícito e até mesmo inconsciente” do princípio da razoabilidade. Com efeito, nos referidos julgados não há menção expressa à razoabilidade, embora o princípio tenha sido aplicado, em toda a sua plenitude, como parâmetro de valoração de diversos atos do Poder Público. *Exempla*: a – a decisão que considerou discriminatória a reprovação de candidato à carreira diplomática, em razão de entrevista pessoal, candidato esse que já fora aprovado nas provas intelectuais; b – em outra decisão, a jurisprudência repeliu o chamado “julgamento de consciência”, que poderia excluir do concurso candidato à magistratura, com base em avaliação secreta sobre sua vida pública e privada. O julgado entendeu tal preceito incompatível com o concurso público.

(7) WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. *Ensaio de Teoria Constitucional* p. 75, *apud op. cit.*, in nota 6, p. 168.

(8) *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 169.

(9) *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 170.

(10) *Apud op. cit.*, in nota 6, pp. 170/171.

(11) Jurisprudência do T.F.R., MS 101.898, rel. Min. Leitão Krieger, in *DJUI*, de 22.05.86, e RTJ 122/1130 (1987), RE nº 111.411-8-RJ. Rel. Min. Carlos Madeira, *apud op. cit.*, in nota 6, p. 172.

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha feito referência expressa ao princípio da razoabilidade, sustenta BARROSO ⁽¹²⁾ que ele integra o Direito Constitucional brasileiro, podendo ser aplicado pelo intérprete da Constituição, "integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito" (doutrina alemã) ou, ainda, poderá ser extraído da cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV), em razão do caráter substantivo que se deva emprestar à cláusula (corrente norte-americana).

Salienta o ilustre Professor, tantas vezes lembrado no presente estudo ⁽¹³⁾, que o princípio em exame tem uma incidência bem mais vasta nos países de Constituição sintética, reduzindo-se sua aplicação nos países de Constituição analítica. Em nosso caso, em que a Lei Maior é prolixa, haverá, ainda assim, amplo espaço para aplicação do princípio.

Permito-me acrescentar que, quando em jogo conceitos de natureza política, haverá, necessariamente, que limitar-se a ação do Judiciário, na apreciação dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados", quando a própria Carta Política exclui, expressamente, qualquer situação controladora por parte do Poder Judiciário ⁽¹⁴⁾.

8. Incumbe examinar, no momento, o tema à luz do processo penal, tendo em conta a apreciação que as "provas ilícitas" vêm merecendo da doutrina e da jurisprudência majoritárias.

TOURINHO, ao deter-se sobre a questão, afirma, enfático, ser preferível que o criminoso fique impune a se permitir o desrespeito à Lei Maior ⁽¹⁵⁾.

Com efeito, a Constituição Federal, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, fê-lo de forma absoluta e peremptória. Na verdade, a Carta Magna de 1988 poderia, no próprio corpo do texto, ter inserido a ressalva "na forma da lei". O dispositivo constitucional, em tal caso, não gozaria de aplicação imediata, ensejando regulamentação legal. Seria, então, uma norma constitucional de eficácia contida. Porém, assim não dispôs a Carta Política de 88, como já registrado.

Daí, os respeitáveis entendimentos que erigiram em verdadeiro dogma de fé a vedação absoluta das provas obtidas por meios ilícitos.

Será **justa** tal colocação?

Será **legítima** tal compreensão do *thema*?

É na busca de uma resposta **razoável** para tais indagações que o presente estudo encontra sua razão de ser.

O inciso de nº LVI do art. 5º da Constituição Federal está inserto no Título II que trata dos "Direitos e Garantias Fundamentais", cujo Capítulo I cogita dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

⁽¹²⁾ *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 174.

⁽¹³⁾ *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 175.

⁽¹⁴⁾ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. "O Controle da Relevância e Urgência das Medidas Provisórias", in *Doutrina*, vol. VII, pp. 174 a 187.

⁽¹⁵⁾ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, vol. III, p. 235, Editora Saraiva, 20ª edição, 1998.

Compulsando o mencionado art. 5º, verifica-se, com facilidade, que, ali, igualmente, estão tutelados o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como, aliás, resulta destacado no *caput* do dispositivo.

Faz-se, pois, a primeira pergunta: será **razoável** deixar de lado tais direitos à vida, à liberdade etc., quando em confronto com a limitação advinda do inciso LVI do art. 5º da Carta Magna?

Deve o criminoso ficar impune, como pretende a doutrina majoritária, ou, ao contrário, impõe-se ensejar ao juiz a oportunidade de colocar na balança os direitos e os valores postos em contraste, dando-se ao caso concreto a solução **justa**? Por que vedar-se ao magistrado a aplicação da Teoria da Proporcionalidade, desdobramento natural da construção jurisprudencial da razoabilidade elaborada graças ao talento da Suprema Corte dos Estados Unidos (7, *supra*)?

Discorrendo sobre o critério da proporcionalidade, esclarecem ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii* que os “tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio de equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes” (16).

A objeção que se costuma fazer ao Princípio da Proporcionalidade reside no subjetivismo que gera, pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir um “concretismo” perigoso, com graves riscos para a segurança individual.

Riscos há, não há dúvida; principalmente se não existir da parte do juiz perfeito equilíbrio entre o que se deva entender por atuação discricionária e postura arbitrária. Porém, perigo há em tudo nessa vida, a começar pela própria vida, pois já se disse que “viver é muito perigoso”.

Haveria, evidentemente, critérios balizadores para a atuação do juiz nesse terrível campo minado, não me parecendo que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade deva ser estendida a todo o preço e para qualquer caso. Somente em casos excepcionais e de extrema gravidade é que se justificaria o acolhimento da prova ilícita. Permito-me, à guisa de exemplo e sem a mínima preocupação de esgotar as infrações penais em que ele poderia encontrar aplicação, indicar os chamados crimes hediondos, como aqueles em que o juiz poderia não deixar impune o criminoso, aproveitando a prova obtida por meio ilícito. Acaso não seria mais justo sacrificar a intimidade de um seqüestrador para chegar-se à punição do criminoso?

Nenhum direito do homem pode ser visto como absoluto, na medida em que o indivíduo dele se vale para atentar contra a vida, a liberdade ou a segurança de outrem.

Mas não é só. A decisão que viesse a admitir como válida uma prova de tal natureza exigiria, por certo, cuidadosa fundamentação (art. 93, IX, CF), fazendo uma opção entre os valores em jogo, por mera aplicação do “princípio

(16) ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 134, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição.

da convivência das liberdades” sintetizado no brocardo segundo o qual o meu direito termina onde começa o de outrem. Direito, sim; abuso de direito, não!

O segundo momento regulador do eventual arbítrio judicial residiria na possibilidade de a decisão ser enfrentada mediante recurso, criando-se a partir daí uma jurisprudência que serviria de critério indicador para casos futuros.

Já ficou visto, linhas acima (5, *supra*), que o Princípio da Proporcionalidade vem sendo admitido, no meu entendimento com inteiro acerto, desde que a prova ilícita venha a ser utilizada *pro reo*. Entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não há dúvida que sobreleva, como valor maior, a liberdade individual. As “Mesas de Processo Penal” do “Departamento de Direito da USP” estabeleceram, através da Súmula 50, que “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas” desde que beneficiem a defesa ⁽¹⁷⁾.

9. Por que, então, não admi-ti-las, também, *pro societate*, desde que cerca-do o seu ingresso nos autos das cautelas aqui preconizadas?

Gostaria, nesse passo da exposição, de fazer breve incursão a respeito de um conceito básico que deve reger a apreciação de qualquer lei, seja ela ordinária, seja ela constitucional. Refiro-me ao sistema. BOBBIO registra o uso do termo na linguagem jurídica com inúmeros significados, mas assinala que “a determinação de um sistema é que confere estatuto científico às tarefas de interpretação levadas a cabo pelos juristas” ⁽¹⁸⁾.

Do mesmo modo, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA ⁽¹⁹⁾, referindo-se de forma especial à Constituição, preleciona:

“A Constituição é um sistema, porque as normas e princípios que a compõem não estão soltos e des-vinculados, mas, sim, presos a uma acomodação harmônica, determinada por uma precisa gradação das denominadas normas fundamentais.”

Justamente por ser um sistema, formando um todo orgânico inseparável e não um conjunto solto e desarticulado de preceitos, é que a Constituição Federal deve ser examinada e, nela, o art. 5º, LVI, como parte integrante do mesmo sistema.

Conforta-me, sobremodo, a opinião de CELSO RIBEIRO BASTOS ⁽²⁰⁾, ao de-bruçar-se sobre o tema, quando assinala a propósito do inciso LVI, *in verbis*:

⁽¹⁷⁾ Apud *op. cit.*, in nota 16, p. 136.

⁽¹⁸⁾ NORBERTO BOBBIO. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, apud *Sistema Acusatório*, GERALDO PRADO, pp. 61/62, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

⁽¹⁹⁾ CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. *O Princípio Constitucional da Igualdade*, apud *Sistema Acusatório*, GERALDO PRADO, p. 62, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

⁽²⁰⁾ CELSO RIBEIRO BASTOS. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, pp. 273 e seguintes, Saraiva, 1989, apud *Revista do Ministério Público-RJ* nº 4 (3ª fase), p. 309.

“O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita.”

E, referindo-se de modo especial à prova ilícita *pro reo*, salienta que, a despeito do caráter peremptório do texto constitucional, a norma está a exigir “alguns temperamentos”, prestigiando o interesse social da realização de justiça em detrimento do direito individual encarnado em uma pessoa.

Saliento, da mesma forma, agora no campo da jurisprudência, o excelente voto do Sr. Ministro **Adhemar Maciel**, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ, onde, na qualidade de Relator, salientou:

“Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em termos absolutos.

Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.”⁽²¹⁾

A *Exclusionary Rule* (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente), como se vê, nem mesmo na jurisprudência norte-americana tem encontrado unanimidade⁽²²⁾.

No aludido julgamento (*Habeas Corpus* 3.982-RJ), rico em colocações inspiradas, o Sr. Ministro **William Patterson**, vogal, ao fazer declaração de voto, deixou claro que:

“Escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A Constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de co-

⁽²¹⁾ *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ, apud *Revista do Ministério Público-RJ*, nº 4, (3ª fase), pp. 306/313.

⁽²²⁾ No *Olustead Case* (1928), a Suprema Corte Americana por votação apertada (5x4) decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (*bootleggers*) não era ilegal. E, em certa oportunidade, que o grampeamento não era ilegal e não se achava dentro dos lindes da Emenda IV (*wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment*), apud julgamento referido in nota 21.

lher uma prova desta ordem, até em favor do inocente.”

(destaques meus)

No caso em análise (*Habeas Corpus* 3.982-RJ) estava em jogo prova colhida mediante escuta telefônica realizada em presídio antes do advento da lei regulamentadora da matéria. A ordem, no caso, por unanimidade, foi denegada. Participaram, ainda, do julgamento, os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Vicente Leal.

Impõe-se reconhecer a natural dificuldade para os estudiosos do tema em absorver conceitos novos surgidos em função da Constituição Federal de 1988 (há pouco mais de dez anos, portanto!), advindos de outras culturas e de sistemas jurídicos e sociais diversos. Daí o natural cuidado de que se deve revestir o intérprete da norma constitucional, buscando, sem assumir uma posição radical, alcançar a exata medida do preceito nela contido.

Mais do que nunca o exegeta deve ter em mente a lição, por demais repetida, de CARLOS MAXIMILIANO⁽²³⁾, segundo a qual “dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade”. E conclui: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”

Penso que o conselho do clássico mestre da hermenêutica deve encontrar guarida quando do exame da correta dimensão do preceito constitucional relacionado com as provas ilícitas, sob pena de consagrar-se a lógica do absurdo, transformando a aplicação de uma norma jurídica em si mesma justa e lícita numa verdadeira subversão da ordem legal e, até mesmo, dos valores morais que informam uma sociedade.

10. Problema delicado, que, certamente, ocorrerá em relação aos adeptos da Teoria da Proporcionalidade, consiste em saber como proteger o infrator pelo ilícito penal cometido no momento da colheita da prova. Explico-me melhor: há quem preconize, na doutrina, a admissibilidade da prova ilícita obtida com violação da norma de direito material, punindo-se, porém, o infrator. Sabe-se, como já ficou visto (8, *supra*), que o réu pode conseguir por meio ilícito prova que venha a demonstrar sua inocência. Poder-se-ia afirmar, então, que o caso comportaria a aplicação da parêmia *male captum bene retentum*. Sobreleva, em tal hipótese, a tutela do direito de liberdade do indivíduo, sacrificando-se outro bem jurídico de menor valia.

Suponha-se, porém, que terceiro, não importa a razão, praticando interceptação telefônica, venha a tomar conhecimento de fato que pode levar à elucidação de crime gravíssimo. Para os adeptos da Teoria da Proporcionalidade, tal prova poderia ser aproveitada, tendo em conta que, entre a violação à privacidade do criminoso e o deslinde de infração penal da maior gravidade

⁽²³⁾ CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 165/166, Forense, 1979.

(homicídio, roubo, seqüestro, extorsão, tortura *etc.*), prevaleceria, sem dúvida, a solução do caso com a conseqüente punição do criminoso.

Pois bem: em hipótese como a formulada acima, o autor da interceptação teria que sofrer punição, fato que tornaria inócua a aplicação, na prática, da Teoria da Proporcionalidade em tal emergência. Quem se arriscaria a identificar-se entregando à autoridade policial ou ao Ministério Público a gravação obtida de forma ilegal?

A lei não nos dá solução para tal situação. Aliás, nem mesmo o Ministério Público ou a autoridade policial poderiam fazer uso de tal gravação, mesmo que ela lhes fosse remetida pelo autor da interceptação valendo-se do anonimato.

Compreende-se, agora, de forma mais nítida, a colocação que procurei dar ao tema no início da exposição, quando salientei (8, *supra*) que a própria Lei Magna, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, poderia ter acrescentado a ressalva "na forma da lei", deixando ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar a matéria de maneira que pudesse, tanto quanto possível, abranger situações extremamente delicadas em que a sociedade se verá indefesa se o preceito constitucional, tal como está redigido, for recepcionado como um dogma de fé.

Não foi este, como já disse (8, *supra*), o caminho que a Constituição Federal de 1988 tomou, ao optar, pelo menos na aparência, por uma posição radical em face das provas ilícitas, deixando, no meu modo de ver, profundamente desamparada a sociedade, ao propiciar que alguém possa tirar proveito da sua própria torpeza.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ⁽²⁴⁾, ao esboçar uma explicação pela opção feita pela Constituição de 1988, salienta que ela deveu-se, em grande parte, às circunstâncias históricas que a cercaram. É que, segundo afirma, extinguiu-se, recentemente, o regime autoritário "sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais" como ocorria com "a inviolabilidade do domicílio e da correspondência.". Por fim, realizando lúcida análise crítica daquele período de nossa História, registra: "É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação".

É chegado o momento, portanto, de buscar-se um meio-termo.

11. Devo encerrar. As idéias ventiladas nas despretensiosas reflexões alinhadas no presente estudo estão a exigir algumas conclusões:

a) não me julgue o paciente leitor como sendo um iconoclasta, arauto de violações dos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal;

⁽²⁴⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in *Revista do Ministério Público-RJ*, nº 4 (3ª fase), pp. 112/113.

- b) ... destaquei, porém, ao longo da exposição, que a sociedade, igualmente, se faz merecedora de proteção, tanto quanto o indivíduo;
- c) ... nessa ordem de idéias, a interpretação da norma constitucional modelada no art. 5º, LVI, merece ser feita não somente em função do texto em que ela figura mas em razão do contexto em que se encontra inserida;
- d) ... pensar em contrário será consagrar uma modalidade de individualismo absoluto em detrimento do bem comum;
- e) ... a mesma Constituição que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, ampara, da mesma forma, e no mesmo dispositivo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), que, eventualmente, terão que ser postos em confronto com a regra do art. 5º, LVI, para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico sobreleva;
- f) ... a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a prova ilícita *pro reo* em função do princípio do *favor rei*. É, não há negar, caso típico de interpretação da norma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal em função do contexto e não do texto, pois, segundo este, visto insuladamente, haveria completa vedação quanto à produção da prova ilícita. No entanto, abre-se, com inteiro acerto, exceção em defesa da liberdade individual, tutelada como bem maior no *caput* do mesmo art. 5º;
- g) ... os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade são aqueles em que, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância, uma vez que as vantagens que a providência trará superam, de longe, as desvantagens advindas da violação da norma protetora de um valor, considerado, nas circunstâncias, como menor;
- h) ... muito embora a Carta Política de 1988 não tenha feito expressa menção ao Princípio da Razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota;
- i) ... a Teoria da Proporcionalidade – como é comumente conhecida no campo penal – nada mais é que um desdobramento natural do Princípio da Razoabilidade, designação mais comum, encontrada em outros ramos do Direito;
- j) ... são de pouca monta as objeções levantadas contra a Teoria da Proporcionalidade no sentido de que, pondo em mão do juiz a decisão a respeito de qual bem jurídico deva prevalecer, criar-se-ia uma justiça do caso concreto, enfiando nas mãos do magistrado um poder absoluto;
- l) ... tais reparos são, facilmente, respondíveis. Vejamos:

I – somente em casos de excepcional gravidade é que se daria a aplicação da Teoria da Proporcionalidade, ficando a cargo do juiz efetivar um juízo de prelibação a respeito da adoção ou não da providência em face do caso concreto;

II – tal juízo de admissibilidade da prova ilícita exigiria minuciosa fundamentação, justamente por excepcionar a regra do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, cumprindo-se, à exaustão, o art. 93, IX, da

Lei Maior, que determina sejam todas as manifestações jurisdicionais fundamentadas;

III – a decisão em tela poderia sofrer combate através de recurso, criando-se, a partir de então, uma jurisprudência que viria a servir como norte para casos futuros;

IV – a prova ilícita, em qualquer caso, deverá ser evitada, desde que a verdade dos fatos possa emergir por outros meios.

m) em conseqüência do exposto, não vislumbro razão plausível para que não se adote, igualmente, a Teoria da Proporcionalidade *pro societate*;

n) a *Exclusionary Rule* (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente) não é tomada em termos absolutos nem mesmo nos Estados Unidos, onde incoorre unanimidade a respeito da sua adoção;

o) os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal não podem revestir sentido absoluto, diante do princípio da convivência das liberdades, impondo-se, por tal motivo, uma interpretação harmônica dos bens jurídicos em contraste. É caso da aplicação do brocardo segundo o qual “meu direito termina onde começa o do próximo”;

p) a Constituição Federal protege o direito; não o abuso de direito;

q) a Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda a sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de ... criminosos;

r) é força reconhecer que o problema das provas ilícitas dificilmente encontrará uma solução tranqüila, situando-se, sem sombra de dúvida, entre os temas mais difíceis do processo a busca de uma solução satisfatória que venha agradar a gregos e troianos;

s) a opção que se faz, no presente estudo, aqui examinado o tema no campo do processo penal, soa-me como a mais civilizada em razão do interesse público que, no meu pensar, deve sobrelevar sobre o individualismo exacerbado e injusto que fere o bem comum;

t) assim pensando, haverá, sem dúvida, um importante papel a ser desempenhado pela jurisprudência na tentativa de encontrar um possível equilíbrio entre os valores contrapostos. Como advertem ARNOLDO WALD e RODRIGO GARCIA DA FONSECA ⁽²⁵⁾ em relação à aplicação do instituto do *habeas data*, aqui também impõe-se “que haja coragem e moderação, de modo a não se restringir, e tampouco se ampliar exageradamente” o cabimento e a aplicação da Teoria da Proporcionalidade diante dos casos concretos;

u) não se pode esquecer, repita-se até a náusea, que a Constituição Federal tem seus preceitos agrupados em um sistema e que suas normas compõem

⁽²⁵⁾ ARNOLDO WALD e RODRIGO GARCIA DA FONSECA. “O Habeas Data na Lei 9.507/97”, *Revista do Ministério Público-RJ.*, n° 7 (3ª fase), pp. 45/59, 1998.

um conjunto harmônico e racional, qual um organismo vivo, onde não há lugar para, em ofensa aos princípios gerais que ela consagra, o império da lógica do absurdo;

v) com a adoção da Teoria da Proporcionalidade, segundo penso, estaremos seguindo o ensinamento de ALEXANDER HAMILTON segundo o qual o objetivo de uma Constituição consiste em “*combines the energy of government with security of private rights*”⁽²⁶⁾. A adoção da Teoria da Proporcionalidade é a que, sem contestação, melhor atende ao equilíbrio de valores preconizados por um dos pais da Federação Americana;

x) em conclusão, pode-se afirmar que o Direito, todo ele, resulta de uma construção filosófica que encontra sua validade na medida em que realiza os valores transcendentais de justiça e, no momento em que deles se afasta para consagrar a impunidade geral, caminha para a autofagia. Tal idéia, *brevitatis causa*, resume, por si só, o acerto da posição doutrinária defendida no presente estudo.

⁽²⁶⁾ ALEXANDER HAMILTON. *The Federalist*, ed. Jacob E. Cook, Cleveland, Meridian Books, 1961, p. 164.

^(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula - RJ; Professor Convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ; ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis-RJ; ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho-RJ e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.